

THÈSE DE
PARIS.
1883.
N^o 94.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE L'EXTINCTION DES HYPOTHÈQUES

EN DROIT ROMAIN

DE LA PURGE
DES HYPOTHÈQUES INSCRITES

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

CHARLES MONGIN

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

PARIS

IMPRIMERIE MOQUET

11, RUE DES FOSSÉS-SAINT-JACQUES, 11

1883

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE L'EXTINCTION DES HYPOTHÈQUES

EN DROIT ROMAIN

DE LA PURGE

DES HYPOTHÈQUES INSCRITES

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Mercredi 6 juin 1883, à 1 heure

PAR

CHARLES MONGIN

Avocat à la Cour d'appel.



Président : M. BOISTEL, Professeur

SUFFRAGANTS

{	MM. BATBIE	}	PROFESSEURS
	JALABERT		
	MICHEL (Henri)	}	AGRÉGÉS
	ALGLAVE		

PARIS

IMPRIMERIE MOQUET

11, RUE DES FOSSÉS-SAINT-JACQUES, 11

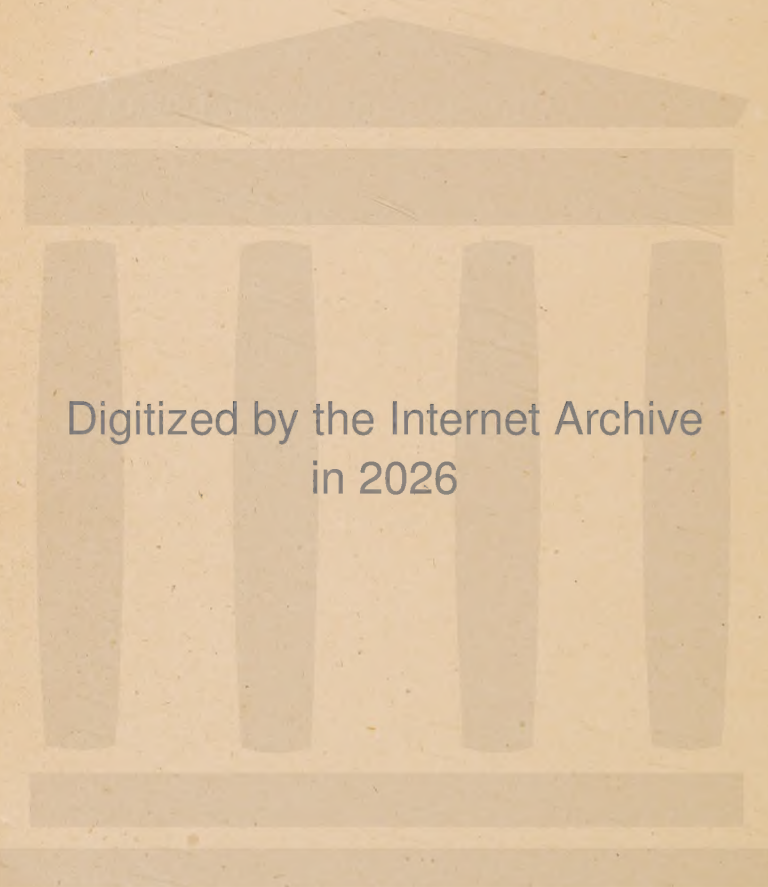
1883

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

A MON FRÈRE

MEIS ET AMICIS



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DROIT ROMAIN

DE L'EXTINCTION DES HYPOTHÈQUES

DROIT ROMAIN

DE L'EXTINCTION DES HYPOTHÈQUES

Livre XX, titre VI, au Digeste
Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur.

INTRODUCTION

NOTIONS GÉNÉRALES SUR L'HYPOTHÈQUE

Avant d'étudier d'une façon spéciale les règles relatives à l'extinction de l'hypothèque, il nous paraît utile de rappeler à grands traits les principes du droit romain sur l'hypothèque elle-même; de cette façon, nous entrerons plus facilement dans la question que nous nous proposons de traiter.

L'hypothèque peut se définir un droit réel sur un bien affecté à l'acquittement d'une obligation. Quel est l'origine d'un tel droit? La majorité des auteurs pensent qu'il est né en Grèce, quelques interprètes sou-

tiennent cependant que c'est une véritable création du génie romain. Quoi qu'il en soit, il est certain qu'à Rome, pendant longtemps, les sûretés personnelles furent plus en faveur que les sûretés réelles, cependant, petit à petit, ces dernières acquirent un certain crédit, elles se transformèrent et on voit à la fiducie et au gage succéder l'hypothèque.

Dans le contrat de *fiducie*, le débiteur, après avoir cédé à son créancier la propriété de la chose par les modes ordinaires (*mancipatio, cessio in jure*), faisait promettre à ce dernier de la lui retransférer à l'expiration du temps convenu et après l'acquittement de l'obligation contractée, cela présentait beaucoup d'analogie, comme le fait remarquer M. Labbé (1), dans une étude sur l'hypothèque, avec la vente à réméré. Dans la pratique, le créancier laissait souvent à son débiteur la chose, soit à titre de précaire, soit à titre de bail.

Par l'acquisition avec clause de fiducie, le créancier retirait les avantages suivants : il pouvait retenir la chose jusqu'au paiement, en acquérir les fruits, et la vendre à l'échéance fixée pour l'acquittement de la dette.

Le *gage* consistait en la remise de la possession de la chose au créancier qui pouvait garder la chose donnée jusqu'à parfait paiement, mais comme c'était la

(1) Ortolan, *Droit romain* revu par Labbé, t. III. appendice X, p. 833.

possession seule et non plus la propriété qui était transférée au créancier, celui-ci ne pouvait se servir de l'objet donné en gage à moins qu'il eût obtenu l'autorisation du propriétaire, et s'il s'en servait, il était réputé voleur. Quant au droit de vendre, on convenait assez ordinairement que le créancier qui n'était pas payé à l'échéance, aurait le droit de réaliser le gage ; cette clause expresse finit par être sous-entendue, mais alors, dans ce dernier cas, le créancier devait faire au débiteur trois significations. Toutes ces formalités finirent par disparaître et le droit de vendre devint l'essence du gage. Même après tous ces progrès, le gage avait encore des inconvénients, le débiteur était dépossédé de sa propriété et le créancier ne profitait pas de cette dépossession puisqu'il ne pouvait se servir de la chose ; ces résultats étaient au point de vue économique des plus fâcheux ; pour y remédier on était obligé de faire une concession de précaire ou une convention de bail.

L'*hypothèque* était un véritable progrès réalisé sur la fiducie et le gage, en effet elle laissait au débiteur la chose, il en restait tout à la fois propriétaire et possesseur, tandis que le créancier acquérait de son côté les droits de préférence, de suite et de vente. L'*hypothèque* fut établie d'abord pour un cas spécial, par le préteur Servius. Celui-ci autorisa le fermier d'un fonds rural, à donner comme sûreté du prix de son bail les ustensiles aratoires et les bestiaux qui garnissaient la

ferme. Cette innovation répondait à un besoin de la pratique, il était en effet impossible de donner en gage soit les bestiaux, soit les instruments aratoires, car ces choses constituaient la fortune du locataire et l'aidaient à tirer de la terre de quoi payer le propriétaire du sol. Ce droit réel, ainsi accordé, s'exerçait par l'action Servienne du nom du prêteur qui avait donné cette solution. Cette heureuse création fut bien vite étendue par les jurisconsultes, et ils donnèrent aux nouveaux cas auxquels ils l'appliquèrent, le nom d'action Servienne utile ou quasi-Servienne. Dès lors, l'hypothèque était définitivement établie.

Ce rapide exposé historique terminé, il nous faut voir quelles sont les conditions exigées pour la validité d'une constitution d'hypothèque.

L'hypothèque est un droit accessoire, il faut donc qu'elle ait nécessairement son point d'appui sur une dette antérieure, car on ne saurait comprendre l'accessoire sans le principal. La dette peut d'ailleurs être soit pure et simple, soit civile, soit conditionnelle, soit même naturelle ; nous aurons souvent à revenir sur ce dernier point, à propos de l'extinction des hypothèques, et nous déciderons que toutes les fois qu'une obligation naturelle survit l'hypothèque subsistera. Il faut ensuite que celui qui accorde une hypothèque à son créancier, soit d'abord propriétaire et, ensuite, capable d'aliéner. Les Romains, en effet, ont toujours considéré l'hypothèque comme quelque chose d'aussi

grave que l'aliénation, et, dans une certaine mesure, comme plus dangereuse, car les Institutes nous disent que la loi Julia défendait au mari d'aliéner les immeubles dotaux sans le consentement de sa femme, et de les hypothéquer même avec son consentement. Nous n'avons point ici à rechercher si Justinien a interprété fidèlement la loi Julia ; cependant, quoi qu'on en dise, ces textes expriment assurément la doctrine en vigueur à l'époque de la rédaction des Institutes, qui, changeant ce système, déclarent que l'aliénation ou l'hypothèque consentie par le mari serait nulle quand bien même la femme y aurait donné son consentement. Il faut enfin que la chose soit susceptible d'être vendue ; toutes les choses corporelles remplissent cette condition, quant aux choses incorporelles, les droits d'usage et d'habitation ne pourront être hypothéqués, car ils ne sont pas susceptibles d'être vendus ; mais nous déciderons au contraire que les droits d'usufruit, de superficie et d'emphytéose, les droits de créance (*pignus nominis*), les droits de gage et d'hypothèque (*pignus pignori datum*), peuvent être vendus et sont susceptibles d'hypothèque.

Nous n'avons parlé jusqu'ici que des hypothèques volontaires, c'est-à-dire de celles qui se constituent par convention, par simple pacte, et de celles qui se constituent par testament, il nous faut dire un mot des hypothèques judiciaires et des hypothèques tacites ou légales.

Les hypothèques judiciaires, c'est-à-dire celles que n'émanent pas de la volonté des parties, sont au nombre de deux. D'abord le *pignus prætorium*, qui porte sur les biens compris dans un envoi en possession prononcé par le magistrat; en second lieu, le *pignus judiciaire* ou *pignus ex causa judicati captum* qui a lieu lorsque le débiteur condamné ne s'exécute pas dans un délai fixé, le magistrat alors pour vaincre la résistance de la partie condamnée fait saisir ses biens au profit de la partie gagnante, et c'est sur eux que porte le *pignus judiciaire*.

Les hypothèques tacites ou légales sont celles que la loi crée directement au profit de certaines personnes. Les hypothèques tacites sont créées par le législateur par une interprétation présumée de la volonté des parties; par exemple l'hypothèque du propriétaire sur les meubles de son locataire (*pignus tacite contrahitur*). Les hypothèques légales sont établies par la loi pour protéger des personnes incapables de pourvoir elles-mêmes à leur sûreté (*l'infans*, par exemple). Ces hypothèques tacites ou légales sont tantôt spéciales, tantôt générales. Parmi les premières nous signalerons l'hypothèque du bailleur d'un fonds rural sur les fruits et récoltes; l'hypothèque du bailleur d'une maison sur les meubles apportés par le locataire et qui la garnissent; enfin, l'hypothèque du légataire sur les biens de la succession. Parmi les secondes, l'hypothèque du fisc sur les biens des contribuables, sur les biens de ses

administrateurs; l'hypothèque des pupilles et des mineurs de vingt-cinq ans sur les biens de leurs tuteurs ou curateurs, elle fut créée par Constantin et étendue aux fous par Justinien. Enfin, l'hypothèque du mari sur les biens de la femme pour le payement de la dot, et l'hypothèque de la femme sur les biens du mari pour la restitution de sa dot.

Nous sommes maintenant appelé à nous demander quelle est l'étendue de l'hypothèque, et quels en sont les effets? L'hypothèque est indivisible, c'est-à-dire que chaque partie divise de la chose hypothéquée garantit l'entier acquittement de la dette; si donc le débiteur vend à plusieurs personnes des fractions de la chose hypothéquée, chaque acquéreur est tenu pour le tout, c'est ce que Dumoulin exprimait par cette maxime « *est tota in toto et tota in quolibet parte.* » La même règle s'applique, cela va sans dire, en cas de partage, de la chose hypothéquée entre les héritiers du constituant. L'hypothèque s'étend à toutes les améliorations que la chose peut recevoir: aux constructions ajoutées à celles déjà existantes, et lorsque la propriété est voisine d'un fleuve aux alluvions qui peuvent résulter de ce voisinage, à l'usufruit faisant retour à la propriété.

Quels seront les droits que l'hypothèque donnera aux créanciers hypothécaires? Tout créancier a ordinairement comme gage tous les biens de son débiteur, et ce gage cesse de comprendre les biens aliénés, à

moins que ces aliénations n'aient été faites en fraude de son droit, car il pourrait exercer l'action Paulienne pour arriver à la révocation de tels actes. Pour arriver à la réalisation de leur gage, les créanciers doivent vendre en masse tout le patrimoine de leur débiteur, et venant tous ensemble, ils n'obtiendront la plupart du temps qu'un dividende. Les créanciers hypothécaires sont protégés par trois droits : le droit de préférence, le droit de suite et le droit de vente. Nous ne voulons pas ici nous occuper du droit de vente, nous en retrouverons l'explication à propos de l'extinction des hypothèques : il ne nous reste plus pour le moment qu'à examiner les deux autres. Le droit de préférence consiste pour les créanciers hypothécaires, une fois la chose vendue, à être payés par préférence aux créanciers chirographaires ; et, parmi les créanciers hypothécaires, le droit s'exerce suivant la règle *prior tempore potior jure*, c'est-à-dire que celui qui est payé le premier est celui qui le premier a pris une hypothèque sur les biens de son débiteur. Celui qui avait le premier une hypothèque sur les biens du débiteur avait seul, d'une façon absolue, le droit de vendre la chose pour se faire payer, le second créancier avait bien aussi le droit de vente, mais sous réserve des droits du premier. A propos du paiement, nous étudierons les corrections que les Romains avaient apportées à ce droit en créant le *jus offerendæ pecuniæ*. C'est ici le moment de signaler une immense lacune du droit hypothécaire romain, lacune qui con-

sistait en ce que, dans ce droit, les hypothèques étaient occultes (1), ce qui donnait naissance à une foule de difficultés et de conflits. Comment savoir, nous dit M. Accarias, avec un tel système si le créancier qui vend la chose ou qui en touche le prix n'est pas primé par quelque créancier qui, un jour, viendra critiquer la vente elle-même ou la répartition des deniers ? L'empereur Léon tenta une réforme sur ce point en décidant que le créancier dont l'hypothèque serait constatée soit par un acte public, soit par un acte signé de trois témoins irréprochables, primerait toujours, malgré leur antériorité, les créanciers porteurs d'un simple titre privé. Mais cette réforme n'avait rien d'impératif, et constituait d'ailleurs une publicité insuffisante.

Passons maintenant au droit de suite, c'est-à-dire à l'étude du moyen pour le créancier hypothécaire d'exercer son droit à la possession en quelques mains que se trouve la chose. Il a les interdits possessoires, et en particulier l'interdit Salvien ; les actions Servienne et quasi-Servienne par lesquelles soit le constituant, soit le nouveau propriétaire, soit un tiers, devait délaisser la chose hypothéquée au créancier s'il ne voulait pas payer la dette tout entière.

Tel est, résumé le plus rapidement possible, le système hypothécaire romain ; nous allons maintenant

(1) Nous montrerons en traitant de la vente de la chose hypothéquée que le stellionat pouvait, dans une faible mesure, remédier au manque de publicité des hypothèques.

étudier spécialement l'extinction des hypothèques qui fait l'objet du chapitre II du livre XX du Digeste.

DE L'EXTINCTION DES HYPOTHÈQUES

L'hypothèque s'éteint de deux manières : par voie de conséquence et d'une manière principale. Elle s'éteint par voie de conséquence, soit lorsque le créancier est payé, soit lorsque la dette dont elle n'est que l'accessoire vient à s'éteindre elle-même ; mais il faut pour que cette extinction soit absolue qu'elle porte sur la totalité de la dette et ne laisse subsister aucune obligation naturelle. Elle s'éteint principalement lorsque la créance continue de subsister.

Le plan de cette thèse nous est indiqué par ce que nous venons de dire ; nous diviserons donc cette étude en deux parties. Dans une première, nous examinerons comment l'hypothèque s'éteint par voie de conséquence ; dans une seconde, nous traiterons de son extinction par voie principale.

PREMIÈRE PARTIE

EXTINCTION DE L'HYPOTHÈQUE PAR VOIE DE CONSÉQUENCE

L'extinction de l'hypothèque a lieu par voie de conséquence, lorsque le créancier est payé, ou lorsque la dette dont elle n'est que l'accessoire vient à s'éteindre d'elle-même.

Nous aurons dans cette première partie à examiner rapidement les divers modes d'extinction des obligations et nous traiterons successivement :

- 1° Du paiement ;
- 2° De la dation en paiement ;
- 3° De la compensation ;
- 4° De la novation ;
- 5° De l'acceptilation ;
- 6° Du pacte *de non petendo* ;
- 7° Du serment et de la chose jugée ;
- 8° De la confusion ;
- 9° De la *capitis deminutio* ;
- 10° De la *restitutio in integrum* ;
- 11° De la perte de la chose due ;
- 12° De la prescription.

CHAPITRE PREMIER

DU PAYEMENT

Le payement, *solutio*, est le mode par excellence de dissoudre les obligations, et lorsqu'il est valablement fait il éteint non seulement les créances, mais encore tous les accessoires qui pouvaient les garantir; c'est ce que nous dit très bien Ulpien en ces termes : « In omnibus speciebus liberationem etiam accessiones liberantur ; puta adpromissores pignora » (Ulpien, L. 43, au Digeste, *De solutionibus*).

Le payement peut être fait, soit par le débiteur, soit par un tiers; examinons successivement ces deux hypothèses.

1° *Le payement est fait volontairement par le débiteur.*

— Comme nous l'avons dit, le payement est toujours libératoire et si le créancier refuse de le recevoir, le débiteur pourra se libérer moyennant l'observation de certaines formalités. Il devra d'abord, devant témoins, offrir au créancier tout ce qui lui est dû et avec des conditions telles que rien ne manque pour rendre le payement valable. Si le créancier refuse les offres à nouveau, alors le débiteur déposera la somme due dans un endroit que lui désignera le magistrat et ce dépôt fait il sera libéré comme s'il y avait eu payement. L'ef-

fet de cette consignation sera d'arrêter le cours des intérêts, et en cas de dette de corps certain, de mettre les risques à la charge du créancier; enfin de faire tomber les hypothèques qui assuraient le recouvrement de ce qui était dû à ce dernier.

Nous savons qu'un des grands caractères de l'hypothèque c'est d'être indivisible, donc celui qui détient la chose hypothéquée peut être poursuivi par les créanciers hypothécaires pour une somme plus forte que celle qu'il doit en réalité; il faut admettre aussi que chaque partie divise ou indivise de la chose garantit toute la dette, en d'autres termes que jusqu'à l'entier paiement de la somme due l'hypothèque subsiste; en conséquence lorsque le créancier a une hypothèque sur plusieurs choses il n'est pas forcé d'en libérer une avant d'avoir reçu la totalité de ce qui lui est dû (Ulpien, L. 19, au Digeste, *De pignoris et hypothecis*). On a pu convenir que l'hypothèque garantirait non seulement le capital de la dette, mais encore les intérêts qu'elle peut produire, s'il en a été décidé ainsi, tant que la dette tout entière n'aura pas été payée, capital et intérêts réunis; l'hypothèque ne sera pas éteinte. Il faut donner la même solution lorsqu'une clause pénale a été stipulée en cas d'inexécution de la part du débiteur (Marcien, L. 13, au Digeste, § 6, *De pignoris et hypothecis*).

Lorsque le paiement est valablement fait, non seulement il éteint la dette, mais encore tous les acces-

soires qui la garantissaient et entre autres l'hypothèque, car dans ce cas l'extinction est absolue et ne laisse subsister aucune obligation naturelle.

2° *Le paiement est fait par un tiers.* -- Le paiement peut être fait par un mandataire, un gérant d'affaires, ces personnes auront les actions *mandati, negotiorum gestorum*, s'ils n'obtiennent pas la cession des actions. Le fidéjusseur lui, peut réclamer le bénéfice de cession d'actions, et au moyen de ce bénéfice se prévaloir des droits de gage ou d'hypothèque qui appartiennent aux créanciers qu'il a désintéressés.

Nous laissons de côté ces divers cas, voulant plus spécialement nous occuper ici de trois hypothèses particulières de paiements faits par des tiers, trois hypothèses de *successio in locum*; or, on sait que la *successio in locum* est une institution spéciale au droit romain, qui a pour but d'autoriser un nouveau créancier à invoquer tout ou partie des droits appartenant à celui qu'il a désintéressé.

Nous allons, pour plus de facilité dans nos explications, les énoncer avant de les analyser : 1° Un créancier hypothécaire, généralement postérieur en rang, désintéresse un ou plusieurs créanciers qui lui sont préférables, c'est le *jus offerendæ pecuniæ*; 2° un tiers fournit au débiteur des deniers destinés à désintéresser un créancier hypothécaire; 3° le débiteur vend à un tiers la chose hypothéquée et le tiers acquéreur paye son prix entre les mains du premier créancier hypothécaire.

Reprenons successivement ces trois cas.

1° *Du jus offerendæ pecuniæ*. — M. Pellat, dans le traité qu'il a mis à la suite de sa traduction des textes des Pandectes concernant le gage et l'hypothèque, définit ainsi ce bénéfice : « C'est, nous dit-il, le droit en vertu duquel un créancier hypothécaire peut prendre la place d'un créancier hypothécaire, ou même dans certains cas, de celui à qui la propriété de la chose engagée aurait déjà été transportée en lui offrant de le désintéresser. » Le *jus offerendæ pecuniæ* n'appartient pas aux créanciers chirographaires, mais aux créanciers hypothécaires seulement, et ceux-ci n'ont besoin d'aucun consentement des créanciers ou du débiteur pour exercer ce droit. Ils peuvent l'invoquer, non seulement contre les créanciers hypothécaires antérieurs, mais même contre ceux qui leur sont postérieurs en rang ; l'intérêt se manifestera si, par exemple, le créancier premier en rang était, en même temps que créancier hypothécaire du débiteur, simple créancier chirographaire, il exercera le *jus offerendæ pecuniæ* pour empêcher le créancier postérieur de l'exercer lui-même, et il pourra, par ce moyen, arriver à faire vendre la chose hypothéquée à un moment propice ; ce cas se présentera rarement, mais comme il est spécialement prévu par Paul dans ses Sentences (Liv. 2, t. 13, § 8), nous devons le mentionner ici. Ce droit existe non seulement à l'encontre de tous les créanciers hypothécaires, mais même contre le créancier hypothé-

caire qui aurait acquis la propriété au moyen d'une vente ou d'une *datio in solutum* (Marcien, L. 5, § 1 au Digeste, *De distract. pign.*); il existe encore à l'encontre du fidéjusseur qui aurait obtenu la chose à titre d'achat, car, dans ce cas, le fidéjusseur n'a pas eu l'intention d'acquérir la chose comme un acheteur ordinaire, son but a été de libérer le débiteur principal et, de plus ce dernier a vendu la chose sans le consentement des créanciers. Ce droit peut encore s'exercer contre le tiers acquéreur de la chose hypothéquée, lorsque le prix sert à désintéresser un créancier hypothécaire et que le débiteur a eu soin de convenir que l'acheteur serait légalement subrogé.

Celui qui exerce le *jus offerendæ pecuniæ*, doit rembourser à la personne qu'elle évince, non seulement le capital mais les intérêts s'ils sont dus; si c'est un créancier hypothécaire, ou, si c'est un acheteur, ce qu'il a dépensé pour avoir la chose.

Le *jus offerendæ pecuniæ*, opéré dans ces conditions, éteint la créance, et à sa place il en surgit une nouvelle qui est garantie par les hypothèques qui affectent la première créance

2° Un tiers fournit au débiteur des deniers destinés à désintéresser un créancier hypothécaire. — Le rang du créancier hypothécaire payé appartiendra au tiers qui a fourni au débiteur les deniers qui ont servi à désintéresser le créancier; mais pour que ce résultat

se produise, il faudra que les deniers aient été empruntés par le débiteur dans ce but.

Mais à quel titre le prêteur prendra le rang de créancier ? De nombreux systèmes se sont produits sur cette question : les uns y voient une cession sous-entendue du premier créancier hypothécaire au profit du prêteur ; d'autres affirment qu'il y a là une cession légale ou fictive ; enfin on a dit, et c'est le système qui paraît avoir le plus de partisans, qu'en principe le paiement fait au premier créancier hypothécaire, éteint son hypothèque, seulement le débiteur peut, au lieu de profiter de cette extinction, c'est-à-dire en faire profiter son droit de propriété l'attribuer au prêteur qui lui a fourni les deniers ; ce qui revient à dire que le débiteur a entre ses mains une hypothèque ayant un rang déterminé dont il gratifie le prêteur, et lorsque le débiteur aura constitué une hypothèque au profit du prêteur, le rang du créancier hypothécaire désintéressé appartiendra de plein droit au tiers qui a prêté les deniers.

3^e Le débiteur vend à un tiers la chose hypothéquée et le tiers acquéreur paye son prix entre les mains du premier créancier hypothécaire. Le tiers acquéreur n'est pas subrogé de plein droit, il faut une convention expresse car en droit romain la subrogation légale n'existait pas, il fallait donc vendre à condition que le prix de cette vente servît à désintéresser les premiers créanciers hypothécaires, et que cette condition eût été accomplie ; c'est ce qui nous est expliqué d'une façon fort

claire par un texte du Code : *ita ut pretium perveniret ad priores creditores* (L. 3 au Code, *De his qui in priorum creditorum locum succedunt*).

CHAPITRE II

DATION EN PAYEMENT

A côté du payement, nous devons nécessairement dire quelques mots de la dation en payement (*datio in solutum*). On peut la définir la prestation faite au créancier d'une chose autre que celle qui lui est due. Toute *datio in solutum* pour être valable, exige nécessairement l'acceptation du créancier. « Tollitur autem omnis obligatio solutionis ejus quod debetur vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit » (Institutes, liv. III, titre XXIX, pr.).

Comme le payement elle éteint l'obligation, et avec elle les accessoires qui pouvaient la garantir, tels que les hypothèques. On discutait à Rome au temps des jurisconsultes, sur les effets de la *datio in solutum*. Les Proculiens disaient que ce genre de payement éteignait l'obligation *exceptionis ope* tandis que les Sabinien soutenaient que l'extinction avait lieu *ipso jure* ; le texte des Institutes que nous avons rapporté plus haut tranche la question d'une manière formelle.

Si cette première controverse a été résolue, il n'en est pas de même d'une seconde qui se rapporte, par ses conséquences, d'une façon immédiate à notre sujet. Une éviction de la chose donnée en paiement au créancier s'est produite, ce créancier aura certainement recours contre le débiteur. Mais par quelle action ce recours doit être exercé ? Par l'action qui garantissait l'obligation primitive ou par l'action *utilis ex empto* ? Marcien soutient que l'obligation primitive subsiste. « Si quis aliam rem pro alia volenti solverit. et evicta, fuerit res, manet pristina obligatio ; et, si pro parte fuerit evicta, tamen pro solido obligatio durat : nam non accepisset re integra creditor nisi pro solido ejus fieret » (L. 46, pr. *De solutionibus*). Ulpien au contraire veut donner au créancier l'action *utilis ex empto*. Quel est l'intérêt de la question ? Si le créancier agit par l'action de la créance primitive, toutes les garanties qui pouvaient sanctionner cette créance revivront, tels que les fidéjusseurs, les gages, les hypothèques ; sûretés qui seront très utiles au créancier si son débiteur était insolvable. Si au contraire le créancier agit par l'action *utilis ex empto* et que le débiteur soit insolvable, il court le risque de perdre toute sa créance ; mais si le débiteur est solvable et que la chose ait augmenté de valeur, l'action qu'Ulpien propose de lui donner aura son avantage car il pourra par ce moyen réclamer une indemnité pour tout le tort que lui a causé l'éviction. Cujas et Pothier ont essayé de concilier ces deux doctrines, nous n'exa-

minerons pas leurs théories qui ne peuvent rentrer dans le cadre d'une étude sur l'extinction de l'hypothèque. Nous préférons nous rattacher à la doctrine de Marcien en faisant remarquer que la *datio in solutum* faite *a non domino* n'éteint aucun des droits primitifs du créancier, car celui-ci n'a reçu la chose que parce qu'il croyait en devenir propriétaire et renonçait pour ce motif à son hypothèque; il est évincé, la *datio in solutum* doit être considérée comme non avenue et par suite le créancier doit recouvrer ou plutôt conserver toutes les sûretés qui s'attachaient à la créance primitive.

CHAPITRE III

DE LA COMPENSATION

Comme le payement et la dation en payement, la compensation est un mode d'extinction des obligations; elle consiste, étant données deux personnes respectivement créancières et débitrices l'une de l'autre, à imputer la plus faible des deux dettes sur la plus forte. Lorsque la compensation se produit régulièrement, et que la dette qui est garantie par l'hypothèque,

est par ce moyen entièrement éteinte, l'hypothèque qui n'était qu'un accessoire de la créance tombe par voie de conséquence; mais si une partie de la dette hypothéquée subsistait encore, nous déciderions que l'hypothèque elle-même subsisterait à raison de son caractère indivisible : « est tota in toto et tota in qualibet parte. » La compensation a un effet rétroactif, nous voyons Septime-Sévère décider que les intérêts cessent d'être dus à partir du moment où les dettes ont coexisté (L. 11 et 12 au Code, *De compensationibus*).

Nous rappelons ici que la compensation à l'origine n'était admise que dans les actions de bonne foi; qu'il n'y avait pour les actions de droit strict que deux exceptions, celle de l'*argentarius* et celle du *bonorum emptor*. Marc-Aurèle introduisit la compensation dans les actions de droit strict au moyen de l'exception de dol pour dettes nées *ex dispari causa*.

Sous Justinien, on se demande si la compensation est légale ou reste simplement un moyen de défense ordinaire dans toutes les actions; nous admettons que ce n'est là qu'un simple moyen de défense que le défendeur peut faire valoir comme le paiement, sans être obligé de recourir à une forme spéciale de procédure. La compensation restant judiciaire le juge aura à examiner s'il doit ou non admettre la compensation, et s'il pense que la compensation ne saurait être opposée parce que certaines conditions lui manquent, le droit

primitif subsistera par conséquent, l'ancienne créance avec les hypothèques qui la garantissaient.

CHAPITRE IV

DE LA NOVATION

La novation a pour but d'éteindre une obligation et d'en créer une nouvelle à sa place ; la novation est donc la transformation d'une dette en une autre. « Novatio, nous dit Ulpien (L. 1 pr. *De novationibus* au Digeste) est prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio. » La novation produit les mêmes effets que le paiement en éteignant la dette, en faisant tomber l'obligation principale, elle fait tomber tous les accessoires qui la garantissaient, les droits de gage et d'hypothèque, les actions contre les fidéjusseurs, etc. La novation éteint l'hypothèque, c'est ce que nous dit d'une façon formelle la loi 44, § 1 *De pignoratitia actione* au Digeste (Ulpien, *lib. 28, ad edictum*). « Novata autem debiti obligatio, pignus perimit : nisi convenit ut pignus repetatur. » La novation de la dette éteint l'hypothèque à moins qu'il ne soit convenu que l'hypothèque serait affectée à la nouvelle dette.

Lorsque l'hypothèque est affectée à la garantie de

la nouvelle créance, nous remarquons que cette hypothèque conservera le rang qu'elle occupait auparavant en tant que la nouvelle dette n'est pas supérieure à l'ancienne, c'est encore ici un cas de *successio in locum* (nous en avons signalé trois à propos du paiement); car comme dit M. Jourdan dans son *Traité de l'hypothèque* on retrouve ici: « extinction d'une dette hypothécaire, création d'une nouvelle dette hypothécaire dont le titulaire est toujours par la même raison d'équité seul appelé à profiter du dégrèvement résultant de la première. »

D'après le texte cité, et d'après ce que nous avons dit pour que l'hypothèque soit conservée, il faut qu'il y ait une convention, mais une convention suffit, un simple pacte *in continenti* par exemple. Cette règle ne souffre aucune difficulté lorsque la novation se fait sans changement de débiteur mais simplement par changement de cause, mais la question devient bien plus délicate lorsque la novation a lieu par *expromissio* c'est-à-dire par changement de débiteur, et nous devons nous demander alors s'il est nécessaire d'avoir le consentement de l'ancien débiteur pour que les hypothèques subsistent. La question est controversée : Pothier a cru voir la solution dans la loi 30, *De novationibus* au Digeste et décide qu'il faut l'autorisation de l'ancien débiteur pour que les hypothèques subsistent; M. Accarias nous fait très bien remarquer que le texte de Paul est tout à fait étranger à la question ; voici en

effet comment ce texte s'exprime : « Paulus respondit. si creditor a Sempronio novandi animo stipulatus esset ita ut a primo obligatione in universum discederet et rursum easdem res a posteriore debitore sine consensu prioris obligari non posse. » Que suppose ce texte ? Il veut dire ceci : c'est qu'après avoir fait une novation pure et simple, le nouveau débiteur se ravise et veut faire revivre les hypothèques grevant les biens de l'ancien débiteur, il ne le peut pas, car les hypothèques sont déjà éteintes. Mais si les textes ne résolvent pas notre question, ne peut-on remarquer que vu le caractère de la novation on doit se décider en faveur de l'ancien débiteur et exiger son consentement ; en effet il est naturel que les garanties, c'est-à-dire les gages et les hypothèques attachés à la créance, quand le créancier n'en a rien dit au débiteur primitif, s'éteignent.

En décidant ainsi nous adoptons une solution semblable à celle que les textes consacrent à propos des fidejusseurs (L. 60 au Digeste, *De fidejussoribus*), ceux-ci ne sont tenus à la nouvelle dette qu'autant qu'ils s'y sont obligés expressément. Il faut donner la même décision pour le tiers qui a hypothéqué à la dette d'autrui son immeuble et admettre que, quand bien même le créancier et le débiteur auraient réservé les hypothèques au moment de la novation, le tiers détenteur n'en serait pas moins libéré.

La novation n'éteint l'hypothèque qu'autant que la nouvelle créance a quelque valeur et nous admettrons :

même qu'une simple obligation naturelle suffira (L. 1, au Digeste, *De novationibus*) car il faut qu'une nouvelle obligation soit créée pour que la première soit anéantie.

Nous allons citer deux cas où la dette antérieure n'étant pas détruite par la nouvelle obligation, l'hypothèque ne sera pas par cela même éteinte.

La première hypothèse est une application du sénatus-consulte Velléen : une femme contrevenant à ce sénatus-consulte qui lui défend d'intercéder pour autrui se porte *expromissor* pour un débiteur ; comme la nullité de l'obligation qu'a contractée la femme est tellement absolue qu'elle ne peut servir de fondement à une obligation naturelle, nous déciderons que le premier contrat revivra tout entier et que le créancier pourra exercer son ancienne action contre son débiteur qui lui sera rendue sous la forme d'une action utile que l'on appelle action *restitutoria* ou *rescissoria*, et on n'attendra pas que la femme ait invoqué la nullité de son obligation ; de plus, la loi 13, § 1, *ad senatus-consultum Vellei anum* nous dit d'une façon formelle que le créancier a conservé ses hypothèques.

Notre seconde hypothèse est relative au mineur de vingt-cinq ans, nous supposons encore qu'il s'est porté *expromissor*, il obtient du prêteur l'*in integrum restitutio* qui rescinde, cet acte qui était valable, suivant le droit civil, et remet les choses juridiquement dans leur état antérieur, donc le créancier qui avant l'*expromissio*, avait obtenu du premier débiteur une hypothèque,

retrouvera cette hypothèque ainsi que les actions qui pouvaient garantir sa créance primitive (L. 50, au Digeste, *De minoribus*).

De la litis contestatio. — On a souvent comparé à la novation la *litis-contestatio*; en effet, comme elle, elle éteint et crée des droits. Ce n'est pas ici la place d'examiner s'il faut voir dans la *litis contestatio* une véritable novation ou simplement une quasi novation; mais l'analogie certaine qui existe entre ces deux opérations juridiques, fait comprendre pourquoi nous les avons rapprochées l'une de l'autre.

Nous rappellerons pour mémoire que la *litis contestatio* opère l'extinction du droit antérieur, tantôt *ipso jure*, tantôt *per exceptionem*: *Ipso jure*, lorsque l'action est personnelle, la formule *concepta in jus* et le *judicium legitimum*; *per exceptionem*, dans tous les autres cas. Malgré cet effet extinctif, les droits de gage et d'hypothèque qui garantissaient la créance produite en justice subsistent, cela se comprend facilement, car l'action qu'exerce le demandeur a pour but d'améliorer sa situation et non de l'empirer « neque enim deterio-rem causam nostram facimus actionem exercentes sed meliorem. » (L. 29, au Digeste, *De novationibus*). Or, elle l'empirerait si les sûretés qui la garantissaient venaient à disparaître. De plus, on peut faire remarquer que si dans la novation les hypothèques sont anéanties, cela résulte d'un accord de volontés existant entre le débiteur et le créancier, or, dans la *litis contestatio*, cet accord ne saurait exister.

CHAPITRE V

DE L'ACCEPTILATION

L'acceptilation ou remise de la dette est un payement fictif, donc, le créancier qui consent une remise de dette s'interdit la faculté de demander quoi que ce soit au débiteur. Comme le payement, l'acceptilation produira l'extinction de la dette et des hypothèques qui pouvaient en garantir le recouvrement. Mais il faut pour cela que le créancier ait librement consenti son acceptilation; car, si, par exemple, le débiteur s'était rendu coupable de violence, le créancier pourrait le faire condamner au quadruple par l'action *quod metus causa*, s'il refusait d'exécuter l'*arbitrium* du juge; mais le créancier, pour obtenir sa condamnation au quadruple, doit agir dans l'année, car au bout de ce temps, l'action perdant son caractère pénal, la condamnation est limitée au simple. Le créancier, au lieu d'intenter l'action *quod metus causa*, a le droit de demander une restitution *in integrum propter metum*, action qui repousse le préjudice d'une façon plus directe et plus sûre, alors, dans ce cas, l'acceptilation sera anéantie

tant au point de vue de l'action personnelle que de l'action hypothécaire, et il recouvrera par ce moyen toutes les sûretés qui garantissaient la créance primitive.

Si le créancier avait consenti une acceptilation sous l'empire du dol, dans ce cas, on aurait l'action *de dolo* et la *restitutio in integrum*, mais vu le caractère infamant de la première, on donnera plus souvent la seconde, et, comme plus haut, nous dirons que les hypothèques revivront.

CHAPITRE VI

DU PACTE DE NON PETENDO

Ce pacte, qui a beaucoup d'analogie avec l'acceptilation, sert tantôt au créancier à accorder un terme au débiteur, tantôt à lui faire une entière remise de sa dette; il n'opère qu'*exceptionis ope*. Ce pacte peut être fait *in rem* ou *in personam*; *in rem*, il éteint la dette vis-à-vis de tout le monde, vis-à-vis du débiteur aussi bien que vis-à-vis de la caution; *in personam*, il n'est extinctif que pour la personne déclarée dans la convention, pourtant, s'il était fait au débiteur principal, la caution personnelle ou réelle n'étant qu'un débiteur accessoire serait, par cela même, libérée.

En ce qui concerne l'hypothèque, le pacte qui paralyse l'obligation personnelle de l'un des débiteurs, paralyse du même coup les hypothèques établies par lui ou pour lui (L. 17, § 2, au Digeste, *De pactis*), et Marcien nous exprime la même idée dans la loi 5, *Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*, D. : L'hypothèque, nous dit-il, est éteinte si le créancier y renonce ou convient qu'il ne demandera pas ce qui lui est dû, à moins qu'on ne prétende que ce pacte a eu pour but d'empêcher de demander à telle personne, objection qui devient plus forte lorsque la chose hypothéquée est possédée par un tiers. Mais comme le pacte produit une exception perpétuelle, il faut dire, même dans ce dernier cas, qu'il y a renonciation à l'hypothèque. Il est naturel, en effet, que lorsque le débiteur est libéré, la caution réelle le soit aussi.

Si au lieu de remettre la dette au débiteur, le créancier s'était contenté de lui accorder un terme, il est entendu qu'il ne pourrait lui réclamer ce qui lui est dû avant la nouvelle échéance fixée, et que cette convention s'appliquerait à l'hypothèque.

Le pacte, pour être valable, doit être consenti par des personnes capables, par un tuteur dans la limite de ses pouvoirs; de même pour être valable il faut en notre matière, comme dans l'acceptilation, que le consentement du créancier n'ait pas été extorqué par dol ou par violence; sans cela, la convention intervenue entre le débiteur et le créancier serait nulle, et ce der-

nier pourrait réclamer son action personnelle et son action hypothécaire.

CHAPITRE VII

DU SERMENT ET DE LA CHOSE JUGÉE

Le serment et la chose jugée sont rapprochés l'un de l'autre par la loi 13, au Digeste, *Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*. Leurs effets sont semblables; car lorsque le créancier défère le serment à son débiteur, et que ce dernier jure qu'il ne doit pas, l'hypothèque est libérée, parce que le serment a la même valeur qu'une sentence d'absolution.

Nous allons donc traiter successivement du serment et de la chose jugée.

Du serment. — Le serment, on le sait, est le moyen de terminer une contestation, sans pour cela recourir à l'autorité judiciaire. M. Accarias (1) nous indique quatre règles générales qui servent à déterminer la portée de l'action de *jure jurando* et de l'exception *juris jurandi*: 1° L'autorité du serment est assimilée à la chose jugée; 2° comme celles de toutes conventions,

(1) Accarias, *Droit romain*, t. II, p. 767.

elle se restreint entre les parties; 3° elle ne s'étend jamais au delà de ce qui a été juré; 4° enfin, elle s'étend à tout ce qui a été juré, c'est-à-dire le serment est indivisible.

Le serment est assimilé à la chose jugée, nous l'avons déjà dit deux fois; cependant, il nous faut y revenir pour remarquer que sous un certain aspect il a moins de force que la *res judicata*, tandis que sous un autre, il doit être considéré comme plus fort. Il a moins de force que la chose jugée, en ce sens qu'il n'emporte pas par lui-même les moyens d'exécution; mais le juge devra auparavant examiner si le serment a été valablement et régulièrement prêté; il a plus de force que la chose jugée, en ce que si l'on vient par la suite à découvrir des pièces décisives, on pourra bien recommencer le procès, mais le serment prêté ne permet plus de mettre en question ce qu'il a tranché. Du reste, en ce qui concerne notre matière de l'extinction de l'hypothèque, les effets sont les mêmes pour le serment et la chose jugée, et nous les allons étudier à propos de la chose jugée.

De la chose jugée. — « *Res judicata pro veritate habetur.* » En considérant la sentence rendue par le juge comme l'expression de la vérité, on a eu pour but de tarir la source des dissensions privées. Celui qui a obtenu gain de cause doit par conséquent être libéré de la dette, et accessoirement des hypothèques qui en assuraient le paiement. Pour que le débiteur puisse

invoquer l'exception tirée de la chose jugée, il faut la réunion des trois conditions suivantes : Identité de personnes, identité d'objet et identité de cause (article 351, C. civ.). Cependant, malgré ces effets que tout le monde reconnaît à la chose jugée, il y a controverse sur le point de savoir si une dette qui existe en réalité, étant éteinte par un jugement entaché d'erreur l'hypothèque est elle-même éteinte ; ou s'il ne subsiste pas d'obligation naturelle à la charge du débiteur injustement absous, ce qui permettrait à l'hypothèque de subsister. Quoique la question soit vivement discutée, la loi 13, au Digeste, *Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*, déclare formellement que tout est terminé, et qu'il n'y a plus place pour une obligation naturelle. Si le créancier, ayant déféré le serment au débiteur, nous dit ce texte, celui-ci a juré qu'il n'était pas obligé, le gage est libéré, parce qu'il en est de même que s'il y avait eu absolution. Or, quand le débiteur a été absous par le juge à tort, le gage n'en est pas moins libéré. Contre un texte si précis, des auteurs ont essayé vainement de détruire les arguments qu'on doit en tirer. On cite d'abord la loi 27, *De pignoribus et hypothecis*, au Digeste. Marcellus suppose dans ce texte qu'un esclave hypothéqué a été mis aux fers par le débiteur pour une faute très légère ; par la suite, le créancier hypothécaire vend cet esclave et en retire un prix inférieur à celui qu'il était en droit d'en espérer, et cela à cause des mauvais traitements que le

débiteur lui a fait subir; à Rome, en effet, un esclave mis aux fers perdait beaucoup de sa valeur. Notre jurisconsulte, après avoir examiné quelles sont les actions que le créancier pourrait intenter pour obtenir la réparation de certains mauvais traitements dont l'esclave aurait eu à souffrir, suppose que le créancier est privé par quelques déchéances de l'action attachée à sa créance, le prêteur en ce cas vient à son secours. Comment le créancier a-t-il perdu sa créance? Ce texte semble nous l'indiquer, *quia forte causa ceciderat*, c'est-à-dire qu'il avait encouru certaines déchéances, par exemple pour avoir commis une *plus petitio*. Or, lorsqu'il y a *plus petitio*, le droit n'est pas entièrement perdu pour le créancier; il subsiste une obligation naturelle, et par conséquent les hypothèques ne sont point éteintes.

Une objection plus sérieuse est celle que l'on tire de la loi 60, pr. I, au Digeste *De condictione indebiti*, c'est un texte général, une décision de Julien qui nous est rapportée par Paul. Un débiteur véritable qui a payé après la *litis contestatio*, la sentence n'étant pas encore prononcée, ne peut pas répéter parce que la répétition lui serait interdite en cas de condamnation comme en cas d'absolution. Bien qu'absous, en effet, il reste débiteur naturel, il est semblable à celui qui aurait promis ainsi: si tel navire arrive d'Asie ou s'il n'en revient pas, en effet, le payement est justifié par l'une des deux causes. Donc,

d'après ce texte, soit que le débiteur doive, soit qu'il ne doive pas, il n'en serait pas moins tenu d'une obligation naturelle après son absolution, ce qui fait qu'il ne peut répéter. Les jurisconsultes qui veulent et avec raison qu'après la chose jugée il ne subsiste même plus d'obligation naturelle, ont proposé plusieurs explications. Doneau et M. de Vangerow soutiennent que le texte de Paul est parfaitement exact, pourvu qu'on ne l'applique qu'à un paiement effectué avant le jugement; la chose jugée, en effet, ne peut opérer que pour l'avenir et resté impuissante à l'égard de ce qui est antérieur à la décision du juge. M. Machelard (1) dans son ouvrage *Sur les obligations naturelles*, trouve que cette explication restreint la décision de Julien et en propose une autre qui, tout en respectant le principe de la chose jugée, permet en même temps d'expliquer la loi 60; il faut supposer que l'absolution du défendeur est fondée sur une des exceptions de procédure, et il peut se faire ainsi que le *verus debitor* soit aussi le *debitor absolutus*. Ce sera par exemple un débiteur qui, poursuivi par son créancier invoquera l'exception *pacti conventi ad tempus* et par ce moyen arrivera à faire tomber le droit du demandeur qui aura ainsi commis une *plus petitio*; ce sera aussi un fils de famille qui ayant emprunté invoquera la faveur du sénatus-consulte Macédonien; ce sera enfin un affranchi qui

(1) *Des obligations naturelles en droit romain*, p. 431.

étant poursuivi à raison d'une promesse qu'il soutient avoir faite, alors qu'il était encore esclave, époque pendant laquelle sa promesse ne pouvait donner naissance à aucune action. Dans tous ces cas, en effet, l'absolution du défendeur tient à des exceptions de procédure ou à des dispositions de la loi qui laissent subsister une obligation naturelle ; on comprend donc que dans ces hypothèses, à cause de la survie de l'obligation naturelle la *condictio indebiti* n'aurait pu être utilement exercée. Par cette explication on arrive à concilier la loi 60 avec notre loi 13 et on respecte ainsi le grand principe de la chose jugée qui a pour but de fermer la porte à tous les procès.

CHAPITRE VIII

DE LA CONFUSION

On peut comprendre en notre matière deux espèces de confusion : la première, celle qui vient le plus naturellement à l'esprit, consiste en la réunion sur la même tête des qualités de débiteur et de créancier ; la seconde a lieu dans l'hypothèse où le créancier hypothécaire devient propriétaire de la chose hypothéquée, nous l'étudierons à propos de l'extinction de l'hypothèque par voie principale et alors nous aurons à nous

poser cette question : peut-on avoir une hypothèque sur sa propre chose ?

La confusion n'est extinctive du droit que dans la mesure où elle rend la sanction de ce droit impossible et inutile. Pour que la confusion produise son effet, il faut qu'elle soit réelle et durable. Cet effet n'a pas lieu dans les trois cas suivants : 1° quand un héritier sien use du bénéfice d'abstention (*beneficium abstinendi*); 2° quand un créancier institue un débiteur héritier et que cet héritier est repoussé par la *querela inofficiosi testamenti*; 3° enfin, en cas d'acceptation sous bénéfice d'inventaire, mais dans cette dernière hypothèse il est plus exact de dire qu'il n'y a pas confusion du tout. Sauf ces trois exceptions il n'y a pas de rescision de la confusion et on en voit un exemple frappant en cas d'indignité. Les causes d'indignité avaient été multipliées sous la période impériale pour faire profiter le fisc des successions; les effets de l'indignité étaient les suivants : on enlevait à l'indigne ses biens et ils étaient attribués au fisc, et malgré l'indignité, l'indigne restait héritier, et les effets de la confusion subsistaient contre lui, cependant quand il était reconnu plutôt coupable de négligence que de mauvais vouloir, on l'exonérait des dettes de la succession.

Dans la loi 59, pr. *ad senatusconsultum Trebellianum*, Paul examine un cas de confusion remarquable dont il nous faut parler ici; voici l'espèce prévue par ce texte : Un débiteur institue son créancier hypothécaire en le

priant de restituer l'hérédité à sa fille (la fille du testateur). Le créancier qui croit l'hérédité mauvaise, refuse de faire adition, mais le prêteur l'y oblige et il restitue, ensuite comme il ne trouve pas d'acheteur pour la chose hypothéquée il demande à conserver la chose à titre de propriétaire. Si le créancier avait fait adition volontairement il n'y aurait pas eu de difficultés, en effet, l'action personnelle et l'action hypothécaire eussent été éteintes par confusion. Mais en présence des faits tels qu'ils se sont accomplis examinons quels sont les droits du créancier et voyons si la chose hypothéquée doit être considérée comme libérée parce qu'il ne subsisterait pas d'obligation naturelle? Paul, dans la solution qu'il nous donne distingue si le créancier possède ou s'il ne possède pas la chose hypothéquée.

Si le créancier possède il ne peut être atteint par aucune action de la part du fidéicommissaire, il ne peut pas être poursuivi par l'action pignératitienne que le contrat donne au débiteur pour se faire restituer la chose parce qu'il s'agit ici d'une action héréditaire et que le droit civil n'admettait pas qu'une action héréditaire fut possible contre celui qui était héritier. Si nous supposons maintenant que ce n'est pas le créancier qui possède la chose mais le fidéicommissaire, Paul nous dit que dans ce cas le créancier pourra intenter l'action hypothécaire parce qu'il n'y a pas eu paiement « *verum est enim non esse solutum pecu-*

niam. » L'hypothèque, en effet, ne s'éteint que par le paiement ou un mode d'extinction analogue. Une obligation naturelle subsiste « *remanet propter pignus naturalis obligatio,* » donc le créancier conserve ses droits sur la chose qui est hypothéquée à la sûreté de sa créance.

Dans notre hypothèse, les intérêts du créancier seront toujours sauvegardés : s'il possède il a un droit de rétention, s'il ne possède pas il a l'action hypothécaire, car il subsiste à son profit une obligation naturelle qui devient efficace à raison de l'hypothèque qui en garantit l'exécution.

Quel est l'effet de la réunion des qualités de débiteur principal et de débiteur accessoire sur la même tête ? L'obligation principale subsiste toujours, quant à l'obligation accessoire elle ne s'éteint que si l'obligation principale est plus énergique, par exemple en cas de fidéjussion, lorsqu'un fidéjusseur succède au débiteur principal, la fidéjussion s'éteint si l'obligation principale est plus énergique.

Mais il pourrait se faire que l'obligation principale fut moins énergique que l'obligation accessoire, quelle sera notre solution si, par exemple, l'obligation principale est simplement naturelle tandis que l'obligation accessoire est civile ? Nous déciderons dans ce cas que l'obligation accessoire subsistera et garantira l'exécution de l'obligation principale, ainsi le fidéjusseur restera obligé à ce titre (L. 95, § 3, *De solutionibus*). Don-

nerons-nous pour l'hypothèque des solutions semblables? Voici la règle qui nous est indiquée à cet égard par Africain, dans la loi 38, § 5, *De solutionibus*. Une personne s'est portée fidéjusseur de votre dette envers un tiers et cette personne fournit une hypothèque pour son obligation. Plus tard elle vous institue son héritier. Bien que vous ne soyez pas tenu à raison de la fidéjussion, l'hypothèque n'en subsistera pas moins. Mais si au lieu d'une hypothèque le défunt avait donné un sous-fidéjusseur, l'extinction de l'obligation du fidéjusseur entraînera la libération de celui qui s'est porté sous-fidéjusseur. La raison du maintien de l'hypothèque, c'est que les Romains ne comprenaient l'extinction d'un tel droit que lorsqu'il y avait eu paiement ou un mode de satisfaction analogue.

CHAPITRE IX

DE LA CAPITIS DEMINUTIO

La *capitis deminutio* anéantit l'ancienne personne juridique chez le *capite minutus*, donc les obligations qu'il avait contractées s'éteignent *jure civili*. Il nous faut distinguer entre les trois *capitis deminutiones*. La

minima capitis deminutio libérait l'adrogé de ses dettes au point de vue du droit civil, mais il restait tenu naturellement « manet obligatus naturaliter » (Ulpien, L. 2, § 2, D. *De capite minutis*), donc l'hypothèque qui garantissait le paiement de la dette subsistait.

La survie d'une obligation naturelle n'était pas d'ailleurs l'unique ressource des créanciers et le prêteur leur accordait des actions utiles, ce qui leur permettait d'agir contre leur débiteur même en l'absence de toute sûreté, pour garantie de leur créance.

Quant à la *maxima capitis deminutio*, le *capite minutus* est libéré des obligations contractées avant qu'il soit tombé en esclavage. La grâce accordée au condamné ne fait renaître les actions contre lui qu'au cas où on lui a rendu ses biens, mais si la peine seule lui était remise l'Etat gardant les biens, il resterait libéré vis-à-vis de ses créanciers.

Pour la *media*, le *capite minutus* ne sera tenu qu'autant que ses biens lui auront été partiellement confisqués et dans la mesure de ce qu'il en aurait conservé. Si plus tard on lui fait avec la remise de sa peine remise de ses biens, ses créanciers pourront de nouveau agir contre lui. Dans les deux cas de *media* et *maxima capitis deminutio* le fisc recueillait les biens du condamné, mais il ne prenait ces biens qu'à la charge de payer aux créanciers ce qui leur était dû en commençant par les créanciers hypothécaires.

CHAPITRE X

DE LA RESTITUTIO IN INTEGRUM

La *restitutio in integrum* est un secours que le préteur accorde à quelqu'un pour faire cesser un état de choses qui ne lui plaît pas ; pour cela, il rescinde l'acte valable suivant le droit civil et remet les choses dans leur état primitif.

Nous avons vu plus haut en parlant de l'acceptilation, que la *restitutio in integrum* se donnait à la place de l'action *quod metus causa* ; par ce moyen, le créancier n'aura pas, il est vrai, une action au quadruple comme indemnité du préjudice qui lui a été causé, mais les hypothèques qui garantissaient sa créance revivront comme étant attachées à la créance primitive ; la *restitutio in integrum* lui sera très utile si son débiteur est insolvable, car recouvrant son hypothèque, il viendra par préférence aux créanciers chirographaires.

Mais l'exemple le plus frappant de la *restitutio in integrum*, c'est le cas du mineur de vingt-cinq ans ; dès que celui-ci a été lésé, il peut obtenir du préteur l'annulation du contrat, pourvu toutefois qu'il n'existe pas d'autres moyens pour la réparation du préjudice causé ;

(ainsi le pupille ou le mineur trouveront la plupart du temps dans les actions qu'ils ont contre leurs tuteurs et curateurs et les cautions que leur ont données ces personnes, une protection efficace qui les dispensera de demander la *restitutio in integrum*). Supposons que le mineur se soit obligé et ait hypothéqué ses biens à l'obligation par lui contractée, la *restitutio in integrum* fera tomber l'obligation ainsi que l'hypothèque. Mais il peut se faire qu'un tiers se soit porté caution réelle pour une obligation contractée par le mineur, la *restitutio* qu'a obtenu ce dernier profitera-t-elle au tiers? On raisonne en cette hypothèse par analogie de la solution donnée pour le fidéjusseur, aucun texte ne prévoyant notre question. Il faudra distinguer : si le tiers s'est simplement engagé pour garantir le créancier contre l'insolvabilité du mineur la *restitutio* lui profitera ; si au contraire le tiers a voulu protéger le créancier contre la nullité de l'acte que le mineur peut demander, alors la *restitutio in integrum* ne saurait lui être applicable, car il ne s'est porté caution réelle que pour exécuter l'obligation du mineur, quoi qu'il arrive (L. 13 au Digeste, pr., *De minoribus viginti quinque annis*).

CHAPITRE XI

DE LA PERTE DE LA CHOSE DUE

Avant de parler de l'extinction de l'hypothèque par la prescription, disons quelques mots de la perte de la chose due. En règle générale, la perte de la chose libère le débiteur ; cependant, si la chose venait à périr, le débiteur étant en demeure, l'hypothèque ne serait pas éteinte, à moins que ce dernier ne prouve que la chose aurait également péri chez le créancier. De même l'hypothèque subsistera si la chose périt par la négligence du débiteur ou par sa faute.

CHAPITRE XII

DE LA PRESCRIPTION

Toute dette s'éteint par la prescription libératoire, c'est-à-dire que si le créancier reste un certain laps de temps sans réclamer ce qui lui est dû, sans intenter

aucune action, on présume que le débiteur a dû payer, ou a voulu par là éviter des procès en empêchant de remettre indéfiniment en question ce que le temps a consacré. La prescription étant un mode d'extinction des obligations, nous devons nous demander si l'hypothèque survit à l'extinction de la dette par ce laps de temps.

Toutes les actions en droit romain, du moins à l'époque classique, ne s'éteignaient pas par la prescription ; en effet, les actions étaient perpétuelles lorsqu'elles dérivait du droit civil, temporaires au contraire lorsqu'elles avaient été créées par le prêteur. Une constitution de Théodose le Jeune (424 ap. J.-C.) déclara que les actions qui dans l'ancien droit étaient perpétuelles, seraient limitées désormais à une durée de trente ans, sans distinction aucune entre les actions personnelles et les actions réelles.

Il résulte de ce préambule que pour étudier la matière de la prescription, nous allons diviser notre sujet en deux périodes distinctes : La première que nous appellerons droit classique et qui ira jusqu'à Théodose le Jeune, la seconde que nous dénommerons droit du Bas-Empire, et qui commencera avec la constitution de ce prince (424 ap. J.-C.).

Droit classique. — Dans ce droit, les actions civiles étaient perpétuelles, sauf quelques exceptions que nous nous permettons de citer : l'action contre les *sponsores* et les *fidepromissores* limitée à deux ans par la loi Fu-

ria, la *querela inofficiosi testamenti* qui ne durait que cinq ans. Au contraire, les actions prétorienes étaient ordinairement temporaires et ne duraient qu'un an; il y avait aussi des exceptions à ce principe, nous ne voulons citer que les actions ayant pour but d'étendre ou de développer le droit civil comme l'action publicienne et toutes les actions persécutoires de la chose, ou encore les actions pénales dans lesquelles le préteur avait substitué une peine pécuniaire à une peine capitale prononcée contre le délinquant par la loi des Douze Tables, par exemple l'action au quadruple *furti manifesti*.

La prescription de l'hypothèque dans cette première période ne pouvait donc se présenter en général que pour les actions prétorienes qui étaient annales. L'année écoulée nous devons nous demander s'il ne restait pas une obligation naturelle capable de soutenir l'hypothèque. Comme pour la chose jugée nous répondrons qu'aucune obligation naturelle ne subsiste, c'est là cependant une question très controversée. Pour soutenir que la prescription éteint définitivement l'hypothèque, nous nous appuierons sur divers textes que nous allons examiner successivement.

En matière de fidéjussion la loi 37 au Digeste *De fidejussoribus* nous dit que : Si quelqu'un après avoir été libéré par la prescription a donné un fidéjusseur, ce fidéjusseur n'est plus tenu parce qu'une fidéjussion fondée sur une erreur est nulle. Il nous semble que

dans l'hypothèse prévue par Paul aucune obligation civile ou naturelle ne subsistera, car la fidéjussion ne peut s'appuyer sur une obligation prescrite. M. de Savigny (1) dans son *Traité de droit romain* soutient que le motif de la décision de Paul est l'erreur dans laquelle se trouvait le fidéjusseur, car si le fidéjusseur s'était engagé sachant qu'il y avait prescription l'obligation n'aurait pas péri tout entière et le cautionnement fourni sciemment aurait été efficace. Il faut répondre que, si comme le prétend cet auteur il subsistait une obligation naturelle, l'erreur que le débiteur aurait commise soit en payant soit en donnant quelques garanties ne serait pas suffisante pour donner lieu à répétition; nous concluons donc en disant que la prescription fait périr l'obligation tout entière, donc aucune fidéjussion ne peut exister dans ce cas.

L'obligation prescrite ne peut pas davantage faire l'objet d'un constitut, car pour qu'un constitut soit possible il faut qu'il subsiste au moins une obligation naturelle, c'est ce qui nous est dit par Ulpien dans la loi 18, § 1, au Digeste *De pecunia constituta*. Le constitut se maintient, d'après cet auteur, dès qu'il y a eu une dette qui aujourd'hui n'existe plus, il suffit donc pour que le constitut soit valable qu'il y ait eu une obligation au moment où l'on a établi ce pacte, bien que le payemen

(1) *Traité de droit romain*, t. V, p. 423; traduction de C Guenoux.

ait été reporté à une époque où l'obligation avait cessé d'exister. Ulpien ne nous parle pas du tout du constitut fait après l'expiration d'une action temporaire; or il est certain que s'il subsistait une obligation naturelle après l'expiration de l'action un constitut pourrait être créé et même dans l'hypothèque qu'il prévoit, il motive sa décision sur ce fait que l'action se réfère à une obligation existant à l'instant du constitut « *quia retrorsum si refert actio.* » Et certainement dans ce cas Ulpien n'aurait pas eu l'idée d'appuyer sa décision au sujet de la validité du constitut si une obligation naturelle avait subsisté.

Nous citerons encore un texte pour prouver qu'il ne subsiste, pas d'obligation naturelle après la prescription c'est la loi 25, § 1, au Digeste, *Ratam rem haberi*. Quelle est l'hypothèse prévue par Africain? Ce jurisconsulte suppose qu'un débiteur tenu d'une action temporaire a payé le *procurator* du créancier en exigeant de lui la *cautio de rato* pour être certain que le créancier ratifierait les actes accomplis par son mandataire. La prescription s'accomplit et c'est postérieurement à cette prescription que le maître ratifie. Le débiteur aura une action contre le *procurator* l'action *ex stipulatu* et dans ce cas le droit à la répétition est incontestable puisque le débiteur libéré par le temps ne peut devoir sa libération à un paiement, il pourra donc répéter ce qu'il a donné au *procurator*. Il ressort du texte encore une fois cette preuve bien évidente que la prescription ne laisse subsister aucune obligation natu-

relle sans cela assurément il n'aurait pu exercer d'action contre lui en vertu de la caution *de rato*.

D'après les nombreux textes que nous venons d'étudier, nous avons constaté que la prescription ne laissait pas subsister d'obligation naturelle, nous devons donc en conclure que l'hypothèque est éteinte par la prescription comme l'obligation principale. Cependant on fait à cette solution plusieurs objections qu'il nous faut maintenant examiner : on nous oppose d'abord la loi 50, au Digeste, *De minoribus*. Un mineur, nous dit ce texte, s'est porté *expromissor* pour un débiteur temporaire dix jours avant l'expiration du délai de la prescription ; puis il se fait relever de l'obligation contractée par une *in integrum restitutio*. Le créancier recouvrera son action contre le débiteur primitif ainsi que l'hypothèque. « *Ideoque et pignus, quod dederat prior debitor manet obligatum.* »

M. de Savigny (1) explique cette phrase en disant que le gage constitué par le premier débiteur redevient valable et valable pour toujours ; avec ce système on arrive à cette conséquence inadmissible que l'hypothèque pèserait pour tout le temps sur la chose, tandis que l'action personnelle serait éteinte au bout de dix jours. C'est assurément une interprétation arbitraire que nous ne saurions admettre et que du reste le texte n'indique en aucune façon ; car il est certain que la

(1) *Traité de droit romain*, t. V, p. 424 ; *in fine* et la note 10.

pensée de Pomponius est que le créancier après la rescision de l'*expromissio* doit être replacé dans la situation qu'il avait au moment de l'*intercessio* émanée du mineur.

Un texte de Gordien (L. 2, *De luitione pignoris*, C.) sert encore à nos adversaires pour combattre notre doctrine. Cette décision formelle en effet maintient le *pignus*, quoique l'action personnelle soit perdue « : *intelligere debes vincula pignoris durare actione personali submota.* » Il est facile d'écarter un tel argument en remarquant que l'action personnelle peut se perdre autrement que par la prescription; en effet, lorsqu'il y a péremption d'instance, plus pétition, exception *litis dividuæ* ou *residuæ* l'action personnelle est éteinte mais l'hypothèque subsiste parce qu'une obligation naturelle survit à l'extinction de l'obligation personnelle.

Droit du Bas-Empire. — Cette seconde période a son point de départ, nous l'avons dit, dans une constitution de Théodose le Jeune, de 424, qui déclare que la prescription trentenaire est le moyen d'écarter les actions soit réelles, soit personnelles; excepté l'action hypothécaire qui reste perpétuelle; cette solution tient à la mauvaise interprétation de l'édit prétorien, suivant lequel l'hypothèque ne périssait qu'à la suite d'un paiement ou d'une satisfaction analogue.

Justin comprit les inconvénients d'un tel système, et il décida que l'hypothèque ne s'éteindrait que dix ans après l'action personnelle. Des auteurs ont prétendu

que la survie de l'hypothèque à l'action personnelle s'expliquait par la survie d'une obligation naturelle qui servait de base à l'hypothèque. Nous repoussons cette manière de voir, si l'action hypothécaire est imprescriptible, cela résulte de la mauvaise interprétation de l'édit du prêteur, et Justin, en réduisant cette action à quarante ans, confirme notre système, car on ne peut s'expliquer comment une obligation naturelle qui est imprescriptible, put servir à conserver l'hypothèque dix ans après l'extinction de l'action personnelle ; pour être logique, il faudrait décider que l'action hypothécaire subsiste autant que l'obligation naturelle, c'est-à-dire toujours, ce qui est contraire à la décision de Justin.

DEUXIÈME PARTIE

EXTINCTION DE L'HYPOTHÈQUE PAR VOIE PRINCIPALE

L'extinction par voie principale, c'est-à-dire celle qui se produit indépendamment de l'extinction de la dette, a lieu dans les hypothèses suivantes :

- 1° Perte de la chose hypothéquée ;
 - 2° De l'extinction et de la résolution du droit de celui qui a hypothéqué la chose ;
 - 3° De l'expiration du temps pour lequel l'hypothèque a été constituée ;
 - 4° De l'abus fait par le créancier de la chose hypothéquée ;
 - 5° De la confusion ;
 - 6° De l'aliénation de la chose hypothéquée ;
 - 7° De la renonciation à l'hypothèque ;
 - 8° De la prescription.
-

CHAPITRE PREMIER

DE LA PERTE DE LA CHOSE HYPOTHÉQUÉE

Lorsque la chose donnée en hypothèque vient à périr, l'hypothèque ne portant plus sur rien, s'éteint faute d'objet; mais pour que l'extinction de l'hypothèque ait lieu, il faut que la destruction de la chose soit complète. Comme l'anéantissement de la chose, l'extinction d'un droit entraînera également l'extinction de l'hypothèque dont ce droit était grevé; ainsi, par exemple, la mort de l'usufruitier éteindra l'hypothèque que l'on pouvait avoir sur l'usufruit; nous ferons toutefois remarquer que l'usufruitier ne pourrait pas mettre fin à son usufruit grevé d'hypothèque en renonçant à ses droits.

Nous disions tout à l'heure que la perte de la chose devait être complète, ce cas se présentera surtout pour les objets mobiliers, mais, dans la plupart des hypothèses, s'il survit quelque chose de l'objet hypothéqué, l'hypothèque subsistera (L. 35, au Digeste, *De pignori et hypothecis*). Ainsi, par exemple, l'hypothèque portait sur une maison qui vient à être brûlée, un tiers achète le terrain et élève dessus des constructions; l'hypothèque subsistera et même frappera ces nouvelles constructions.

Cependant, le tiers que nous supposons avoir été forcément de bonne foi, pourra exiger des créanciers hypothécaires, si ceux-ci faisaient vendre l'immeuble, de lui rembourser les frais faits pour la construction, jusqu'à concurrence de la plus-value (L. 29, § 2, *De pignorigibus et hypothecis*). Mais que décider dans l'hypothèse où une partie de la chose a changé d'état, il faut voir si oui ou non on a convenu que l'hypothèque subsisterait. Voici une hypothèse que nous rapporte Paul. à ce sujet (L. 18, § 3, *De pignoratitia actione*). Une forêt a été hypothéquée à quelqu'un, on construit, avec les arbres de cette forêt, un navire, le navire sera-t-il grevé d'hypothèque? Non, si au moment de la convention on n'a rien dit, mais le navire serait frappé d'hypothèque si au moment de la constitution de ce droit réel, on avait inséré une clause à ce sujet.

Le débiteur peut avoir donné en gage une universalité, tant que la destruction totale de cette universalité n'aura pas eu lieu. l'hypothèque subsistera, et, si par exemple, nous supposons que ce soit un troupeau qui soit hypothéqué, l'hypothèque ne frappera pas les animaux pris individuellement, mais les bêtes prises dans leur ensemble et par conséquent le renouvellement successif qui se fait du troupeau en laissant subsister l'*universitas*, laisse subsister l'hypothèque qui le grevait, quand bien même, nous dit la loi 13, pr. au Digeste, *De pignorigibus et hypothecis*, par la suite, tous les

animaux qui composaient primitivement le troupeau, auraient été renouvelés en entier.

Si un tiers avait détruit la chose hypothéquée, le créancier hypothécaire pourrait, comme le débiteur, intenter contre lui une action en indemnité.

CHAPITRE II

DE L'EXTINCTION ET DE LA RÉOLUTION DU DROIT DE CELUI QUI A HYPOTHÉQUÉ LA CHOSE

L'arrivée du terme du droit du constituant éteint l'hypothèque que le créancier pouvait avoir sur la chose ; ainsi supposons un usufruit, droit essentiellement temporaire, l'hypothèque s'éteindra lorsque ce droit aura pris fin. De même le possesseur d'un *ager vectigalis* doit en vertu de son contrat payer une redevance, s'il a été convenu lors du contrat que faute du payement dans un certain délai, le fonds ferait retour au propriétaire et que le débiteur ne paye pas ce qu'il doit le propriétaire reprendra sa chose et l'hypothèque disparaîtra (L. 31, au Digeste, *De pignoribus et hypothecis*).

La propriété a été transférée sous condition résolutoire. Les Romains ne comprenaient pas que la pro-

priété put être transférée *ad tempus*. M. Bufnoir dans son *Etude sur la thorie de la condition en droit romain* (page 142), nous dit que « le droit de propriété apparaissait aux jurisconsultes romains comme un droit absolu et par suite non susceptible d'être limité dans sa durée, l'établir *ad conditionem*, aurait été l'établir avec une chance d'extinction *tempore*, chose contraire à son essence. » Comment faire alors ? On était d'accord sur ce point, qu'il n'y avait que le contrat de résolu, mais la propriété n'ayant pu être transférée *ad tempus* devait être regardée comme définitive, seulement celui qui avait transféré la propriété *ad tempus* avait une action ; mais quelle espèce d'action ? On pouvait toujours, nous dit M. Accarias, lui donner une *condictio sine causa* fondée sur ce que le contrat qui avait motivé le transport de propriété avait cessé d'exister mais des discussions dans lesquelles il nous semble inutile d'entrer, avaient lieu entre les Sabinien et les Proculien pour savoir si on donnerait l'action *præscriptis verbis*. Avec ces doctrines, on arrivait fatalement à cette conclusion que ces actions étant personnelles laissaient subsister les droits réels que l'acheteur avait pu consentir et en particulier les hypothèques. Peu à peu on finit par admettre que la condition résolutoire accomplie aurait pour effet d'anéantir la propriété de l'acheteur et de la faire retourner sur la tête de l'aliénateur. C'est Marcellus qui le premier entra dans cette voie en décidant que tous les droits de gage et d'hypothèque, établis par

l'acheteur seraient anéantis par l'arrivée de la condition (L. 4, § 3 au Digeste, *De in diem addictione*). Ulpien développa et étendit l'idée de Marcellus en décidant que l'acheteur, une fois la vente résolue, ne pourrait plus intenter l'action en revendication qu'il avait jusque là (L. 41, pr. au Digeste, *De rei vindicatione*). Ces solutions ont été données à propos de l'*in diem additio*, mais avant de montrer quelles applications on en a fait à notre sujet, disons que l'on a discuté longuement si ces théories nouvelles devaient être étendues à d'autres hypothèses que l'*in diem additio*. Ce sont là des points douteux ; mais sous Justinien, il paraît certain que les effets de la condition résolutoire furent généralisés. Examinons au sujet de la condition résolutoire, deux hypothèses qui sont prévues par les textes. Ulpien, dans la loi 3, *Quibus modis pignus, vel hypotheca solvitur*, prévoit l'hypothèse suivante : Une chose a été vendue avec cette clause que la vente serait résolue de plein droit, si dans un temps fixé, le vendeur trouvait des offres plus avantageuses, la chose cependant avait été livrée à l'acheteur qui l'avait hypothéquée avant qu'un prix plus fort eût été offert. S'il se présente par la suite des offres plus avantageuses l'hypothèque sera éteinte, tel est l'avis de Marcellus. Mais si au contraire la chose avait été vendue à cette condition que si la chose venait à déplaire à l'acheteur, la vente serait résiliée, les hypothèques que ce dernier aurait pu consentir subsisteront. On comprend

facilement la raison de cette différence, dans le premier cas, la résolution dépend d'un fait entièrement étranger à l'acheteur tandis que, dans le second, elle est le résultat de sa volonté. Ulpien, dans la loi 4 au même titre prévoit encore une hypothèse de résolution : il suppose qu'un débiteur qui avait hypothéqué un esclave nouvellement acheté, rend cet esclave pour un vice rédhibitoire, l'hypothèque subsistera sur ce *servus* parce que la résolution dépend ici de l'acheteur; mais le texte ajoute qu'il en serait tout autrement si le créancier avait permis à son débiteur d'exercer l'action rédhibitoire.

CHAPITRE III

DE L'EXPIRATION DU TEMPS POUR LEQUEL L'HYPOTHEQUE A ÉTÉ CONSTITUÉE.

L'hypothèque peut avoir été constituée pour un certain temps, quand l'arrivée du terme fixé par la convention aura eu lieu, l'hypothèque sera éteinte, c'est ce qui nous est dit d'une façon formelle par la loi 6, *Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*.

Un simple pacte pouvait créer l'hypothèque, il faut décider que si l'on convient que l'hypothèque tombera

à l'arrivée de la condition, l'accomplissement de la condition aura cet effet. La loi 28 *De pignoribus et hypothecis* nous fournit un exemple des principes que nous venons de poser. Ce texte suppose qu'un legs conditionnel a été fait à un fils de famille, le père reçoit une hypothèque pour garantie de la restitution du legs, la condition se réalise lors de l'émancipation du fils : le père n'a plus aucun droit, et de son côté le fils ne pourra pas exercer l'action hypothécaire, parce qu'il n'a aucun droit sur l'hypothèque que son père avait sur les biens de l'héritier, donc l'hypothèque s'éteindra.

CHAPITRE IV

DE L'ABUS FAIT PAR LE CRÉANCIER DE LA CHOSE HYPOTHÉQUÉE

Laloi 24 au Digeste, *De pigneratitia actione*, nous montre un cas d'extinction de l'hypothèque, pour abus fait par le créancier de la chose hypothéquée. Il nous dit d'abord, que le créancier est responsable par l'action pigneratitienne des mauvais traitements qu'il a fait subir aux choses hypothéquées ou de l'altération de la santé des esclaves. Mais si c'est pour leurs méfaits qu'il

les a châtiés ou mis aux fers, il n'est pas tenu de cette action. On décide que s'il a prostitué une esclave ou qu'il l'a forcé à faire un acte illicite, le droit d'hypothèque est dissous à l'instant.

CHAPITRE V

DE LA CONFUSION

En traitant de l'extinction de l'hypothèque par voie de conséquence, nous avons parlé de la réunion sur la même tête des qualités de débiteur et de créancier ; nous allons maintenant examiner l'hypothèse où le créancier devient propriétaire de la chose sur laquelle portait son hypothèque.

Cette réunion se produisant, devons-nous en conclure qu'il y a extinction de l'hypothèque. Il est évident que certains droits ne peuvent subsister lorsqu'ils se trouvent réunis dans la même personne, et de même qu'on ne peut avoir de servitude sur sa propre chose, de même devons-nous décider qu'on ne peut pas non plus avoir d'hypothèque. On ne comprend pas au premier abord comment on peut avoir une hypothèque sur sa propre chose, et il semble que l'on doive décider que l'hypothèque est éteinte ; cependant les au-

teurs discutent très vivement cette question, nous ne nous arrêterons pas pour prendre parti sur ce point, car, comme dit M. Jourdan dans son *Traité des hypothèques*: (p. 674,) « la question est sans intérêt pratique car dans tous les cas où elle se pose, tout le monde est d'accord sur le résultat. » Voici en effet comment conclut un romaniste distingué (Wening ; *Das Pfandrecht an eigener Sache*) après avoir affirmé que l'hypothèque s'éteint par confusion : « Si toutefois, à côté de celui dans la personne duquel l'hypothèque vient de se confondre avec la propriété, il s'en trouve d'autres à l'encontre desquels l'hypothèque serait plus efficace que le droit de propriété, il faudrait dire que l'hypothèque a survécu avec son union avec la propriété. » On ne saurait être d'une orthodoxie plus accommodante, et si on admet l'exception toutes les fois que le besoin s'en fait sentir, qu'importe une règle abstraite que personne n'a intérêt à contester ? » La solution que nous donnons à notre question avait été admise en droit romain, nous en avons donné des exemples à propos de la *successio in locum*, dont nous avons parlé dans notre première partie lorsque nous traitions du payement. Nous avons vu, en effet, que l'acheteur qui paye entre les mains du premier créancier hypothécaire, est subrogé aux droits de ce dernier. Paul. dans la loi 30, § 1, *De exceptione rei judicate* au Digeste, nous montre un cas où il maintient le titre de créancier hypothécaire, parcequ'il trouve que

l'extinction de ce titre pourrait porter préjudice au propriétaire de la chose hypothéquée. Voici l'espèce prévue par ce texte : Titus a fait une transaction avec Mævius au sujet d'une demande en pétition d'hérédité en lui faisant tradition des objets héréditaires ; dans ces objets héréditaires se trouvait compris son propre fonds qu'il avait autrefois hypothéqué à l'aïeul de Mævius, et ensuite à un autre créancier. Ce second créancier intente son action et Mævius découvre son acte d'hypothèque : a-t-il le droit d'attaquer le second créancier hypothécaire, sans avoir à redouter l'exception *rei judicatae* ? Oui, certainement répond Paul, et malgré que Mævius soit devenu propriétaire, et que par conséquent son hypothèque ait été éteinte par confusion, il pourra intenter son action hypothécaire. Car, quel est le but de l'hypothèque, c'est de donner une sûreté au créancier ; comment donc pourra-t-il se faire qu'un fait accidentel dépouillât un créancier d'un droit dont un créancier postérieur pourrait profiter.

CHAPITRE VI

DE L'ALIÉNATION DE LA CHOSE HYPOTHÉQUÉE

Dans notre introduction à l'étude de l'extinction des hypothèques nous avons parlé des droits qui appartaient aux créanciers hypothécaires, droit de préférence, droit de suite et droit de vente, nous avons décrit brièvement les deux premiers nous réservant de revenir sur le dernier dans le cours de cette thèse. C'est ici le moment de nous occuper du droit de vente. Nous examinerons dans ce chapitre deux hypothèses différentes de vente de la chose hypothéquée : la vente qui est faite par le créancier hypothécaire et celle qui est faite par le débiteur.

Vente par le créancier de la chose hypothéquée. — La vente par le créancier de la chose hypothéquée est le moyen pour lui de se faire rembourser de sa créance s'il n'est pas payé à l'échéance. Ce droit de vente n'appartient d'une façon absolue qu'au premier créancier, le second créancier a bien aussi le droit de vendre, droit qui dérive de son pacte d'hypothèque, mais sous réserve des droits du premier.

Le créancier hypothécaire postérieur, pour avoir ce droit dans sa plénitude, a le *jus offerendæ pecuniæ*,

droit dont nous avons parlé à propos du paiement. Mais quelles sont les conditions que le créancier doit remplir pour pouvoir vendre l'objet hypothéqué. Le créancier, aussitôt la dette échue, si elle n'a pas été payée à son échéance, doit dénoncer au débiteur son intention de vendre la chose hypothéquée. Dans l'ancien droit le créancier devait faire à son débiteur trois dénonciations, sous Justinien une seule suffit, mais après cette dénonciation faite il faut attendre encore deux ans avant de pouvoir vendre l'objet grevé d'hypothèque. Les trois dénonciations exigées dans l'ancien droit existaient encore dans un cas au temps de Justinien, c'était lorsque l'on était convenu que la chose hypothéquée ne serait pas vendue; mais dans ce dernier cas se pose la question de savoir à compter de quelle époque partira le délai de deux mois exigé par Justinien; est-ce de la première dénonciation ou de la dernière? M. Jourdan, et nous nous rattachons à son opinion, pense que c'est à partir de la première et les deux dernières dans ce cas ont pour but de rappeler au débiteur que le délai court contre lui.

Le créancier qui vend la chose hypothéquée devient pour ainsi dire le mandataire du débiteur, il doit par conséquent prendre tous les intérêts de ce dernier. Quels sont les effets de la vente vis-à-vis des créanciers hypothécaires? Lorsque la chose vient à être vendue, si tout le monde est payé, alors tout est éteint, obligation personnelle et obligation hypothécaire ;

mais si le paiement n'avait pas indemnisé tous les créanciers, ceux-ci resteraient créanciers personnels pour ce qui leur resterait dû ; mais la chose hypothéquée ayant été vendue il ne subsistait rien pour garantie de leur créance.

La vente de la chose hypothéquée éteint la dette suivant les uns *ipso jure*, suivant les autres elle laisse subsister la dette mais paralyse seulement l'action que pourrait intenter le créancier par une exception de dol. L'intérêt de la question se place dans le cas où la chose vendue reviendrait plus tard aux mains du débiteur, si l'on adopte la première opinion tout est fini, si au contraire on préfère la seconde le créancier verra renaître à son profit son action hypothécaire (L. 8, § 7, *Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*) ; nous admettons cette dernière manière de voir, car ce n'est pas la vente mais le paiement du prix qui éteint la dette.

Une fois le premier créancier hypothécaire entièrement payé on distribuera le prix entre les mains des créanciers postérieurs d'après leur rang.

D'après le droit classique le créancier pouvait convenir avec son débiteur que, faute de paiement à l'échéance, la chose hypothéquée lui serait acquise, c'est ce que l'on nommait la *lex commissoria*. Constantin, vu les dangers d'un tel pacte pour le débiteur, le prohiba.

Mais si la *lex commissoria* était défendue ou créée pour le créancier qui ne trouvait pas d'acheteur à un

prix raisonnable un moyen de conserver la chose, c'est la *dominii impetratio* par laquelle le créancier demande qu'on le mette en possession des biens moyennant une juste estimation. Justinien a réglé les détails de cette *dominii impetratio*, il exige que le créancier fasse à nouveau sommation à son débiteur d'avoir à lui payer ce qu'il doit ; au bout d'un certain temps le créancier s'adresse à l'empereur pour que la chose lui soit attribuée en pleine propriété, à quoi on lui répond : « *jure domini possideat* ; » mais cette attribution n'est pas définitive et le débiteur peut encore pendant deux ans exercer le retrait de sa chose en payant sa dette au créancier. Au bout de deux ans si le débiteur n'a pas fait valoir son droit le créancier devient propriétaire définitif.

Vente par le débiteur de la chose hypothéquée. — Lorsque le débiteur aliène la chose, sans le consentement des créanciers, les hypothèques qui la grevaient subsistent c'est ce que nous dit la loi 18, § 2, *De pignoratitia actione*, au Digeste : « Si fundus pignoratus venieriet manere causam pignoris : quia cum sua causa fundus transeat ; » et le tiers détenteur reste soumis à l'action quasi-Servienne. Avant d'énumérer les exceptions que comporte cette règle, nous devons indiquer le moyen que les Romains employaient pour prévenir les fraudes, et remédier ainsi dans une certaine mesure au manque de publicité des hypothèques. La loi imposait à celui qui voulait aliéner une chose l'obliga-

tion de déclarer les hypothèques qui la grevaient. Celui qui manquait sciemment à ce devoir commettait un *stellionat*, et le coupable s'exposait à une poursuite criminelle qui pouvait amener une condamnation aux mines et à la relégation, tout en emportant l'infamie s'il résultait pour l'acquéreur un préjudice.

Examinons maintenant les exceptions au principe que l'aliénation transmet à l'acquéreur la chose avec les hypothèques qui la grevent. On a voulu voir une première dérogation à cette règle dans la loi 34. Pr. *De pignoribus et hypothecis* au Digeste. Un débiteur a donné en gage son fonds de commerce à un créancier, ce créancier a pour gage tous les objets qui sont dans les magasins de son débiteur, dès que ces marchandises sont vendues elles sont soustraites par le fait même de la vente à l'action du créancier, mais en sens inverse les marchandises qu'il rachète pour garnir sa boutique forment de nouveau le gage du créancier dès qu'elles entrent dans son magasin. En effet, l'hypothèque porte sur le fonds de commerce qui se compose de la clientèle et des marchandises prises dans leur ensemble, et non sur les marchandises prises séparément.

Une véritable exception nous est donnée par la loi 3, au Code *De servo pignori manumisso* : un débiteur, nous dit ce texte, qui a hypothéqué tous ses biens à son créancier peut donner la liberté aux esclaves qui sont compris dans ces biens, ce qu'il ne pourrait faire s'il

avait hypothéqué spécialement chacun de ses esclaves.

On sait que les biens du locataire étaient frappés d'une hypothèque tacite. Cependant les lois 6 et 9 au Digeste *In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur* décident que les esclaves qui habitent avec le locataire quoique soumis à cette hypothèque, s'ils viennent à être affranchis cessent d'être le gage du créancier.

Pour terminer ce chapitre, il ne nous reste plus qu'à parler des aliénations faites par le fisc et de l'adjudication prononcée par le juge dans l'action *familiæ erciscundæ*.

Lorsque le fisc vend un bien grevé d'hypothèque, l'action hypothécaire que pouvait avoir le débiteur est éteinte le créancier a contre le fisc un recours pendant quatre ans sur le prix de la chose (L. 2, au Code, *De quadrienni præscriptione*).

Le partage à Rome n'est pas comme chez nous déclaratif de propriété, il est au contraire translatif, donc la partie attribuée à l'un des copartageants ne lui arrive que grevée des droits d'hypothèque que l'un d'entre eux peut avoir constitué pendant l'indivision; c'est ce qui nous est dit par la loi 7, § 4. *Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur* au Digeste : Si quelqu'un a hypothéqué sa part indivise d'une chose commune, le partage ayant été fait avec le copropriétaire, ce ne sera pas seulement la portion échue à celui qui a donné l'hypothèque qui sera obligée au créan-

cier, mais aussi la portion de chaque copartageant qui demeurera hypothéquée au créancier pour la moitié par indivis.

CHAPITRE VII

DE LA RENONCIATION A L'HYPOTHÈQUE

Tous les droits peuvent s'éteindre par la renonciation qu'en fait le créancier à son débiteur. On peut donc renoncer à l'hypothèque qui, en qualité de droit accessoire, laissera subsister la créance qu'elle avait pour but de garantir. La renonciation à l'hypothèque peut être expresse ou tacite, nous allons étudier séparément ces deux sortes de renonciation.

Renonciation expresse. — Une première question se pose à notre examen : pour que la renonciation à l'hypothèque soit valable, faut-il qu'elle soit acceptée par celui qui doit en profiter, ou la renonciation faite simplement par le créancier suffit-elle ? Les commentateurs ne sont pas d'accord sur ce point, mais en présence du texte formel de la loi 2, *in fine*, au Code *De remissione pignoris* qui s'exprime ainsi : « *Obligatio pignoris consensu et contrahitur, et dissolvitur,* » nous

déciderons qu'il faut l'accord des deux volontés du créancier et du débiteur.

La renonciation expresse résultera la plupart du temps d'un pacte de remise fait au débiteur au sujet de l'hypothèque ; ce dernier ne sera plus tenu alors que de l'action personnelle, l'action hypothécaire étant éteinte par la renonciation du créancier.

Nous avons à nous demander maintenant qui peut consentir une renonciation à l'hypothèque, en d'autres termes, quelle capacité faut-il avoir pour faire un tel acte ? En règle générale, le créancier, le cessionnaire du créancier ou son mandataire spécial peuvent renoncer à l'hypothèque ; toutes ces personnes peuvent faire cette renonciation, pourvu toutefois qu'elles soient capables d'aliéner.

Passons en revue les hypothèses prévues par les textes à cet égard.

La loi 8, § 5, au Digeste, *Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*, nous dit que le fils de famille ou l'esclave qui possèdent un pécule peuvent renoncer à l'hypothèque qu'ils ont reçu pour une affaire de leur pécule s'ils en ont la libre administration ; mais ils ne peuvent faire cette renonciation qu'à titre onéreux, car il ne leur est pas permis d'y renoncer gratuitement.

Un pupille ne peut renoncer à son hypothèque sans l'autorisation de son tuteur, et encore faudra-t-il que le juge trouve dans cette renonciation un avantage ou

une satisfaction suffisante (L. 7, pr., *Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*).

Quant à la femme que déciderons-nous? Elle peut renoncer purement et simplement à son hypothèque, et, dans ce cas, cette renonciation est parfaitement valable; mais où la question devient plus délicate, c'est lorsque la femme a renoncé à son hypothèque en faveur d'un autre créancier. Elle pourra, dans ce cas, invoquer le sénatus-consulte Velleien, car en renonçant à son hypothèque en faveur de ce créancier, elle se place pour ainsi dire entre ce créancier et le débiteur et garantit la solvabilité de ce dernier. La femme qui a une hypothèque légale sur les biens de son mari ne peut plus y renoncer depuis la constitution d'Anastase, du moins d'une façon générale, elle peut encore y renoncer d'une façon spéciale, car, dans cette seconde hypothèse, elle voit ce à quoi elle s'engage.

La renonciation à l'hypothèque peut très bien être accordée par un *procurator* du créancier, ou même par un esclave à qui on a donné un mandat spécial à cet effet. Le procureur du débiteur; peut recevoir la renonciation du créancier, et le débiteur se prévaut de cette renonciation par l'exception *pacti conventi*, si la renonciation a été faite à son esclave, car tout se passe alors comme si le débiteur avait figuré lui-même à la convention; si elle a été faite à son *procurator*, il aura l'exception de dol (L. 7, § 1 et 2, D., *Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*). Lorsque le

créancier convient avec l'héritier du débiteur que la chose ne lui sera plus engagée ou hypothéquée, le pacti fait par le créancier profitera aussi à celui à qui l'hérédité aura été restituée, d'après le sénatus-consulte Trébellien (L. 8, § 1, D., *Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*).

Le créancier peut subordonner sa renonciation à certaines conditions, par exemple renoncer à l'hypothèque, à condition que le débiteur lui donnera un fidéjusseur comme garantie de sa créance (L. 5, § 2, et loi 14, D., *Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*).

Renonciation tacite. — La renonciation tacite, la plus importante, est comprise le plus souvent dans le consentement donné par le créancier à son débiteur de vendre la chose hypothéquée. Le consentement donné par le créancier à la vente pourra être exprès ou tacite. Le consentement tacite résultera généralement de certains faits, par exemple du fait par le créancier de mettre sa signature au bas de l'acte de vente, à moins qu'il ne soit évident qu'il ait été trompé (L. 8, § 15, au Digeste, *Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*). Dans certains cas même il y aura renonciation à l'hypothèque sur simple consentement donné, quand bien même il n'y aurait rien d'écrit. Si le créancier n'avait pas donné permission de vendre à son débiteur, et que par la suite il ratifie la vente, cette ratification donnée après coup emportera remise des hypothèques. Le

§ 11 de la loi 8, au Digeste, *Quibus modis*, nous dit que les règles que l'on applique à la vente doivent être étendues; ainsi si le créancier permet à son débiteur de léguer la chose hypothéquée, par cette permission la chose est dégrevée des droits d'hypothèque qui l'affectaient; mais ce résultat ne se produira que si le legs est accepté; car s'il était répudié, les hypothèques qui grevaient l'objet légué reprendraient toute leur force.

Le créancier, quoiqu'il ne s'oppose pas à la vente que le débiteur va faire de la chose hypothéquée, ne renonce pas par cela même à son hypothèque, parce que la vente faite, son droit de suite subsiste. Il y avait toutefois deux exceptions à cette règle : 1° Lorsqu'un débiteur affranchissait un esclave, et que son créancier avait connaissance de ce fait, cet affranchissement était considéré comme valable lorsqu'il s'était écoulé un certain temps sans protestation (L. 1, au Code *De remissione pignoris*); 2° la seconde exception est un cas de *distractio bonorum*; le créancier a été mis en demeure de déclarer son droit, s'il ne remplit pas cette formalité, il est censé avoir renoncé à son hypothèque (L. 8, au Code, *De remissione pignoris*).

Le créancier, comme en cas de renonciation expresse, peut imposer à son débiteur les conditions qu'il veut; et si, par la suite, ces conditions ne sont pas remplies, la renonciation faite par le créancier au profit de son débiteur ne subsistera pas; c'est ce que nous dit la

loi 8, § 13, *Quibus modis*, D. Si le créancier a permis de vendre, et que le débiteur ait donné, le créancier alors pourra ne pas tenir compte de la vente, car son consentement ne doit pas lui nuire. Mais si le débiteur avait donné la chose en dot, l'hypothèque ne subsisterait pas vu le caractère onéreux d'une telle donation qui est réputée faite pour subvenir aux charges du mariage. Au contraire, le débiteur peut avoir vendu lorsque le créancier lui avait permis de donner; cette vente éteindra l'hypothèque, et le créancier sera repoussé dans l'action qu'il voudrait intenter; à moins, toutefois, qu'il ne prouve qu'il avait permis de donner en considération de la personne à qui il faisait la donation, et qui était un de ses amis. Si le créancier a permis de vendre dix, et que le débiteur ait seulement vendu cinq, le créancier ne sera pas censé avoir renoncé à son hypothèque, et par conséquent ne sera pas repoussé. Mais si, au contraire, le débiteur avait vendu pour un prix supérieur à celui fixé par le créancier, cette vente serait bien faite, et la renonciation du créancier subsisterait (L. 8, § 14, au Digeste, *Quibus modis*). Citons un dernier exemple : un créancier a permis à son débiteur de vendre dans l'année ou dans les deux ans, si le débiteur vend passé cette époque l'hypothèque du créancier ne sera pas éteinte.

Le créancier a donné son consentement à la vente, dans l'intérêt de qui supposerons-nous que ce consentement ait été donné ? Dans l'intérêt du débiteur et du

tiers acquéreur ou dans l'intérêt exclusif de ce dernier? L'intérêt de la question que nous posons se présentera, surtout dans le cas où la chose fera retour au débiteur, et alors on se demandera si l'hypothèque qui avait été éteinte par la vente revivra au profit du créancier. On trouve sur cette question des textes dans les deux opinions. La loi 8, au Digeste, dans les § 6, 7 et 8 (*Quibus modis*) nous expose la doctrine classique. On ne discute pas le principe que pose le § 6. Si, dit-il, un fonds hypothéqué a été aliéné avec la volonté du créancier, il ne peut pas demander ensuite qu'il lui soit délaissé, pourvu cependant que la vente ait eu son effet; car si la vente n'a pas été exécutée, l'hypothèque revivra, et le débiteur ne pourra pas repousser le créancier en lui objectant qu'il avait consenti à la vente, ce qui se comprend facilement, car il n'y a pas eu vente. Mais il peut se faire que le débiteur, ayant vendu la chose hypothéquée, la rachète plus tard, ou même qu'il soit simplement devenu l'héritier de l'acheteur; que décider alors? La loi 8, § 7, nous répond que la dette n'étant pas acquittée, le débiteur sera suspect de dol, en sorte que si le débiteur opposait une exception à l'action du créancier, celui-ci pourrait lui répondre par une *replicatio doli*; le § 8 de notre loi nous cite un exemple où on voit l'application de la solution donnée dans le paragraphe précédent. Titius, débiteur, a vendu, avec le consentement de son créancier, à Mævius ou à un autre de qui Mævius a acheté depuis;

Mævius est devenu ensuite héritier de Titius ; le créancier intente contre lui l'action hypothécaire ; il est sans doute inique que le créancier enlève la chose à quelqu'un qui l'a acquis, non à titre de succession, mais par un autre mode. Cependant on peut dire qu'il y a ici dol de la part de Titius qui a fait en sorte que le créancier ne put recevoir son argent du possesseur, il serait très inique que le créancier fut ainsi joué. Donc, d'après Marcien, l'hypothèque subsiste, et à l'exception *remissi pignoris*, le créancier opposera la *replicatio doli*, non seulement à son débiteur, mais encore à l'héritier de celui-ci, comme continuant la personne de son auteur. Justinien dans la loi 11 *De remissione pignoris* déclare formellement que l'hypothèque, une fois éteinte, ne revit jamais. Voici l'hypothèse prévue par cette loi : Un débiteur vend avec l'autorisation du créancier un de ses biens sur lequel il y avait une hypothèque générale ; par la suite, ce bien revient entre les mains du débiteur ; il faut décider dans ce cas que l'hypothèque est éteinte, parce que l'autorisation qu'on lui avait donné de vendre la chose emporte renonciation à son hypothèque ; il tranche donc la question contrairement à Marcien.

Dans la majorité des cas, la renonciation tacite s'induit de la permission de vendre accordée par le débiteur à son créancier, mais elle pourra résulter aussi d'autres circonstances ; par exemple, la remise que le

créancier fera à son débiteur emportera renonciation à l'hypothèque, et cela quand bien même on aurait contrevenu à la loi Cincia, ou, à partir de Constantin, aux règles sur l'insinuation des donations (L. 1, § 1, D. *Quibus modis*), parce que la volonté des parties est manifeste et que la loi qui annule les donations ne s'applique pas à la libération du gage.

Le créancier le plus ancien fait remise de son hypothèque en permettant à son débiteur d'hypothéquer la chose à un troisième créancier, ce nouveau créancier ne prendra pas la place du premier, mais ce sera le créancier intermédiaire (L. 12, D., *Quibus modis*). Citons avec la loi 9 § 1, au même titre, un dernier exemple de renonciation tacite. Le créancier qui assiste à une nouvelle constitution d'hypothèque et signe l'acte passé dans ce but, est présumé renoncer à son hypothèque, et aucune action réelle ne peut plus lui appartenir.

CHAPITRE VIII

DE LA PRESCRIPTION

Nous avons déjà parlé de la prescription de l'hypothèque en parlant de la prescription des obligations, nous avons eu effet examiné la question de savoir si

l'obligation étant éteinte, l'hypothèque qui garantissait son exécution était également éteinte, ou bien si cette sûreté réelle lui survivait, c'était traiter de la prescription extinctive.

Maintenant, nous avons à nous poser une toute autre question qui est celle de savoir si lorsqu'une personne acquiert la propriété d'une chose par *usucapion*, elle acquiert cette propriété libre de toute hypothèque, en d'autres termes, si l'on acquiert l'hypothèque par voie de prescription comme on acquiert la propriété. Le droit romain s'est modifié plusieurs fois en cette matière.

Dans le droit primitif, il y avait l'usucapion qui était de deux ans pour les immeubles et d'un an pour les meubles; à cette époque, celui qui acquérait la propriété ne l'acquérait qu'affectée des droits de gage et d'hypothèque qui pouvaient la grever; car il eût été injuste d'accorder à une aliénation indirecte plus d'effets qu'à une aliénation directe, d'autant plus qu'à cette époque les délais de l'usucapion étaient courts.

A propos de la survie de l'hypothèque à l'usucapion de la propriété, Papinien examine quelles seront les obligations du possesseur de bonne foi au point de vue des fruits envers le créancier exerçant son hypothèque. Voici la solution qu'il nous donne dans le § 2 de la loi 1, *De pignori bus et hypothecis* : il a été convenu expressément que les fruits produits par le fonds seraient

frappés d'hypothèque. L'acheteur de bonne foi ne sera pas forcé de restituer ces fruits par l'action Servienne, utile s'il les a consommés, car on décide que l'usucapion ne détruit pas l'hypothèque, parce que la question d'hypothèque est séparée de celle de la propriété. Il en est tout autrement pour les fruits qui n'ont jamais été la propriété du débiteur. Devrons-nous admettre cette distinction entre les fruits consommés et ceux qui ne le sont pas ? La majorité des auteurs, et M. Pellat (1) entre autres, pensent que le mot *consumptos* que nous trouvons dans ce texte est une interpolation faite par les compilateurs du Digeste pour mettre cet ouvrage en harmonie avec la doctrine nouvelle introduite par un rescrit de Dioclétien et Maximien qui forme la loi 22 au Code *De rei vindicatione*, et dont voici le sens : Il est certain que les possesseurs de mauvaise foi restituent avec la chose elle-même tous les fruits, que les possesseurs de bonne foi restituent les fruits existants, et après la *litis contestatio*, tous les fruits.

D'après ce que nous venons de dire l'hypothèque subsistait malgré l'usucapion, ce qui était très préjudiciable au tiers détenteur qui avait prescrit la propriété ; aussi le prêteur vint au secours de ce dernier et admit que par la suite la *longi temporis præscriptio* qui faisait acquérir la propriété u il le ferait tomber les hypothèques qui pouvaient la grever. Les conditions de durée

(1) Pellat, *De la propriété et de l'usufruit*, p. 306 et suiv.

de cette prescription étaient de dix ans entre présents et vingt ans entre absents, suivant que le créancier habitait ou n'habitait pas dans la même province. Le tiers détenteur qui prescrit suivant les conditions requises, c'est-à-dire ayant juste titre et bonne foi, prescrit tout à la fois et contre le propriétaire et contre le créancier.

La prescription de l'hypothèque et celle de la propriété constituent-elles deux prescriptions indépendantes l'une de l'autre? Quoique dans une doctrine on admette que la *longi temporis præscriptio*, une fois acquise contre le propriétaire, l'est aussi contre tout créancier qui prétendrait avoir un droit réel sur cette chose, nous pensons que ces deux prescriptions ne se confondent pas, et il pourra très bien se faire que l'hypothèque soit prescrite par vingt ans tandis que la propriété l'aura été par dix ans, parce que le propriétaire habitait dans la même province, tandis que le créancier hypothécaire habitait dans une province différente. Il pourra donc arriver qu'on prescrive la propriété sans prescrire l'hypothèque et inversement, suivant que le créancier ou le propriétaire habitera ou n'habitera pas la même province, ou encore suivant que l'on sera de bonne foi relativement à l'un seulement de ces deux droits.

Quel est le caractère de cette prescription opposée au créancier hypothécaire, est-ce une *usucapio libertatis*, c'est-à-dire l'affranchissement de l'immeuble par suite

dé l'extinction de l'hypothèque, ou simplement une prescription extinctive de l'action hypothécaire”

Nous pensons qu'il faut dire que c'est là une prescription extinctive de l'action hypothécaire, en effet la *prescriptio longi temporis* ne fut à l'origine qu'un moyen de défense donné par le prêteur aux possesseurs qui avaient possédé pendant un certain temps, et ce n'est que plus tard que celui qui avait possédé pendant le temps requis put avoir une revendication utile contre le véritable propriétaire. Dans la prescription extinctive de l'hypothèque il faudra outre la négligence du créancier la possession du tiers détenteur. Nous rejetons l'*usucapio libertatis* parce que celle-ci exige en matière de servitude qu'il y ait *aliquid contrarium actum*, or pour les hypothèques nous ne voyons pas comment on pourrait faire un acte pour protester contre l'hypothèque.

On discute également sur cette question quel est le point de départ de notre prescription? En règle générale, quand on parle de prescription des actions, la prescription ne court que du jour où le débiteur a quelque négligence à se reprocher; en sera-t-il de même en notre matière? Nous pensons que dès que le tiers détenteur sera en possession et prescrira, il prescrira non seulement la chose mais aussi l'affranchissement de son hypothèque quand bien même la créance serait à terme ou conditionnelle, car le changement de possesseur a dû inquiéter le créancier.

Tout ce que nous venons de dire s'applique au possesseur de bonne foi mais nous savons que Théodose et Valentinien admirent que toutes les actions, tant personnelles que réelles, qui étaient autrefois perpétuelles devaient s'éteindre par trente ans, donc le possesseur de mauvaise foi pouvait au bout de ce laps de temps repousser toutes les actions que l'on intenterait contre lui et prescrire par trente ans, aussi bien la propriété que l'hypothèque.

Justin imagina pour l'hypothèque une prescription libératoire de quarante ans, il faut supposer pour trouver des applications à cette nouvelle prescription qu'une dette est garantie par une hypothèque; si cette chose est restée en la possession du débiteur, l'hypothèque survit dix ans à l'obligation personnelle prescrite dont elle était l'accessoire.

Arrivons à Justinien, ce prince a décidé que celui qui a possédé avec bonne foi et en vertu d'une *justa causa* prescrira par dix ou vingt ans, car Justinien a fondu ensemble les deux théories de l'usucapion et de la *longi temporis præscriptio* ; donc, de même que la propriété l'hypothèque ne prescrira par dix ou vingt ans suivant, les cas et nous avons dit plus haut que ces deux prescriptions ne se confondant pas pourront avoir des durées différentes. Signalons, pour terminer, que ce prince a porté à trois ans au lieu d'un an le délai nécessaire pour la prescription des meubles; nous déciderons dans ce cas que la prescription de l'hypothèque pour

les meubles, auralieu aussi par le même laps de temps de trois ans, car Justinien dans la loi unique au Code *De usucapione transformanda*, nous dit que celui qui possède de bonne foi un meuble pendant trois ans le possède *firmiter jure*; ces expressions signifient qu'il le possède libre de toute hypothèque.

DROIT FRANÇAIS

DE LA PURGE DES HYPOTHÈQUES INSCRITES

DROIT FRANÇAIS

DE LA PURGE DES HYPOTHÈQUES INSCRITES

(Livre III, titre XVIII, chapitre VIII du Code civil,
Articles 2181-2193.)

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS GÉNÉRALES ET HISTORIQUE

SECTION PREMIÈRE

NOTIONS GÉNÉRALES

Le droit de tout créancier hypothécaire, lorsqu'il n'est pas payé, consiste à faire saisir et vendre l'immeuble grevé d'hypothèques dans quelques mains qu'il se trouve, et à se faire payer sur le prix si toutefois il vient en ordre utile. La vente faite aux enchères publiques éteint tous les droits des créanciers, et l'adjudicataire acquiert un immeuble franc et quitté de toute hypothèque.

Mais il arrive souvent qu'une propriété hypothéquée est vendue à l'amiable, et le législateur, toujours favorable à la libre circulation des biens, a dû fournir à l'acquéreur, le moyen de garder l'immeuble ainsi acquis et de le débarrasser des hypothèques qui le grèvent sans être obligé d'attendre l'échéance des créances qui ont pu donner naissance à ces hypothèques. La *purge*, voilà la solution qui nous est offerte par la loi. « La faculté de purger, disent MM. Aubry et Rau, est un bénéfice légal, en vertu duquel le tiers détenteur d'un immeuble grevé de privilèges et d'hypothèques, devenus efficaces à son égard, peut, en offrant aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, le prix de cet immeuble ou sa valeur estimative, prévenir ou arrêter les poursuites auxquelles l'exposent son droit de suite. » La purge tend donc en définitive à affranchir l'immeuble des hypothèques qui le grèvent, moyennant un prix à fixer.

Quel est son mécanisme? Il consiste en ceci : L'acquéreur de l'immeuble qui voudra purger, offrira aux créanciers hypothécaires le prix de l'immeuble, s'il l'a acquis à titre onéreux, ou son estimation s'il a acquis à titre gratuit. Les créanciers peuvent repousser ces offres et ordonner la vente de l'immeuble aux enchères publiques, mais en prenant toutefois l'engagement de faire porter le prix à un dixième en sus.

Consolider la propriété immobilière, telle est l'utilité incontestable de la purge. Sans elle, toutes les fois

qu'un immeuble serait grevé d'hypothèques pour une somme supérieure à sa valeur, il ne pourrait être acquis autrement que par voie d'adjudication s'ensaisie immobilière.

N'y a-t-il pas cependant dans cette faculté de purger, une atteinte portée aux droits des créanciers hypothécaires? A première vue, on serait tenté de croire que les droits de ces créanciers sont sauvegardés; en effet, les créanciers hypothécaires n'ont le droit de se faire payer que sur le prix de l'immeuble hypothéqué à la garantie de leur créance. Cependant, en examinant de plus près les choses, on voit que tout créancier hypothécaire peut être atteint dans plusieurs de ses droits, et cela sert à faire comprendre pourquoi le législateur n'a pas accordé la faculté de purger à la totalité des acquéreurs, mais l'a réservée seulement aux tiers détenteurs.

Qu'est-ce donc que le créancier hypothécaire va perdre par la purge? Ce sera d'abord le bénéfice du terme qui peut être stipulé en sa faveur. Ensuite, son droit strict consistait à faire saisir sans condition et à faire vendre aux enchères l'immeuble avec la purge, il conserve bien le droit de faire vendre l'immeuble aux enchères publiques, mais ce droit est subordonné à une condition rigoureuse : c'est l'obligation pour le créancier hypothécaire de se porter personnellement adjudicataire pour un dixième en sus du prix offert par

le tiers acquéreur et de donner caution jusqu'à concurrence du prix et des charges.

Malgré ces atteintes d'ailleurs légères portées aux droits des créanciers hypothécaires, la purge est aujourd'hui d'une utilité incontestable, je dis plus, elle est une nécessité pour nos sociétés modernes où la propriété même immobilière passe si facilement de mains en mains.

SECTION II

HISTORIQUE

La purge est une institution de notre ancien droit français, les *Romains* ne la connaissaient pas. voyons toutefois quelles étaient chez ce peuple les garanties données à l'acquéreur d'un immeuble. Dans les ventes publiques poursuivies par le magistrat, les créanciers étaient avertis par des signes publics et ceux qui, étant présents et ainsi avertis, n'exerçaient pas leur droit hypothécaire, pouvaient être considérés comme l'ayant perdu (L. 6, C. *De remiss. pig.*).

Pour les aliénations volontaires rien de semblable : que pouvait donc faire l'acquéreur ? Payer son prix entre les mains des premiers créanciers hypothécaires et devenir par ce moyen préférable aux autres créanciers, étant subrogé aux premiers. Si la chose avait été

vendue à sa juste valeur les créanciers postérieurs ne pouvaient avoir l'idée d'en exiger le délaissement ou de la revendre. Mais cet expédient était la plupart du temps impossible, car en droit romain, les hypothèques étaient occultes et l'acheteur n'avait pas le pouvoir de forcer les créanciers à se produire dans un délai déterminé ; donc s'il n'avait pas acquis du créancier le plus ancien (le seul qui eût la faculté de faire vendre la chose hypothéquée), il restait toujours exposé à une dépossession.

Quels étaient avant l'édit de 1771 les procédés employés dans notre ancienne France pour purger les immeubles des hypothèques qui pouvaient les grever ? Ils étaient au nombre de trois ; c'étaient les lettres de purge dans les Flandres, l'appropriance en Bretagne et les décrets volontaires dans un grand nombre de coutumes.

Les *lettres de purge* furent créées par l'édit perpétuel des archiducs Albert et Isabelle du 12 juillet 1611. L'art. 36 placé sous la rubrique de la purge d'héritage s'exprime en ces termes : « D'autre part comme souventefois il advint qu'en la vente ou charge des biens immeubles les vendeurs recèlent les charges antérieures, servitudes, prohibitions d'aliéner et autres charges ou obligations auxquelles iceux biens se trouvent par après tenus et affectés au grand préjudice des acheteurs : nous permettons à tous ceux ayant acquis tels biens immeubles et foi doutans de tel recèlement, de,

à leurs dépens, eux pourvoir à l'assurance de leur achat de nos *lettres de purge*, consignait le prix sous la justice qu'appartiendra, et faisant appel au cri public tous ceux qui pourraient prétendre quelque droit sur les dits biens et ultérieurement y procédant à l'enthérinement (1) des dites lettres, selon le style du temps sur ce usité, es quartiers de Lille et Tournai qui sera préfigé et expliqué par les dites lettres. » Le commentateur de cet édit rapproche ces lettres de purge des décrets volontaires et fait les réflexions suivantes: « Les purges d'héritage sont parmi nous ce que sont les décrets volontaires en France, elles en diffèrent à la vérité quant aux formalités, mais l'effet des unes est le même que celui des autres. . . . Pour parvenir à faire puger les charges imposées sur des immeubles il faut obtenir des lettres de purge en la Chancellerie établie près le Parlement, c'est la règle parmi nous. Après les purges enthérinées, on fait une sentence d'ordre (comme dans les décrets), par rapport aux créanciers opposans à la distribution des deniers. »

Les lettres de purge dont nous venons de parler ne furent établies qu'à l'exemple des coutumes de nantissement (2) qui disaient que dans les ventes forcées les criées régulièrement faites seront « de telle force et

(1) Entériner : ratifier juridiquement un acte pour le rendre valable (Littré, *Dictionnaire français*).

(2) Giraud : *Précis de l'ancien droit coutumier français*.

vertu que sans débat elles purgeront les diets héritages. » (*Coutume de Tournay*).

Mais « les aliénations volontaires, » les hypothèques ne pouvaient être purgées qu' « en vertu de lettres patentes contenant clause d'auctorisation et par trois édits et criées signifiant icelles aux créanciers congneus. » Dans tous les cas les actions demeuraient sauves aux créanciers. Le *committimus* des lettres de purge était adressé aux échevins et autres juges par devant lesquels les ventes étaient faites et passées et les deniers consignés chez ces officiers.

De Ferrière, dans son *Dictionnaire de droit et de pratique* (1), nous dit que : « *Appropriance* ou *appropriement* signifie en Bretagne l'acquisition de la propriété d'une chose immobilière, par trois bannies ou trois proclamations dûment faites et certifiées, tant du contrat par lequel la chose a été cédée et transportée, que de la possession actuelle qui en a été prise; ou par une seule bannie ou proclamation suivie d'une possession continue de quinze années avec titres et sans aucunes bannies.... Cette acquisition de propriété se fait avec affranchissement d'hypothèques, car le propriétaire perdant par ce laps de temps le domaine de son immeuble, le créancier doit aussi par sa négligence perdre ses hypothèques. » (Art. 269 et suiv., titre XV, *Coutume de Bretagne*).

(1) Voyez au mot *Appropriance*, tome 1^{er}, page 118.

L'usage des *décrets volontaires* s'introduisit à l'exemple de l'appropriance établie par la coutume de Bretagne (1). « On appelle décret volontaire, dit Pothier (2) dans son *Traité de la procédure civile*, celui qui intervient sur une saisie réelle qu'un acquéreur fait faire sur lui de l'héritage qu'il a acquis à l'effet de purger les hypothèques et autres charges que ses auteurs auraient pu imposer sur l'héritage. On l'appelle décret volontaire parce que cette saisie réelle se fait du consentement de l'acquéreur sur qui elle est faite et que c'est lui-même qui interpose un créancier vrai ou simulé pour faire cette saisie réelle sur lui On observe pour les décrets volontaires toutes les formalités des saisies réelles, depuis le commandement qui doit précéder la saisie jusqu'au décret.

De Ferrière, pour nous indiquer la procédure suivie en pareille matière, s'exprime ainsi (3) : « Voici comment cela se pratique : l'acquéreur crée une dette imaginaire au profit d'un ami qui en donne contrelettre. En conséquence de cette obligation simulée, l'acquéreur de l'héritage se fait faire par son ami un commandement pour payer, et sur le refus, cet ami saisit réellement l'immeuble sur l'acquéreur ; en-

(1) Fenet : *Travaux préparatoires du Code civil*, tome XV, page 482.

(2) Pothier, édition Buguet, tome X, page 304.

(3) De Ferrière, *Dictionnaire de Droit et de Pratique*, au mot *Décret volontaire*, tome I, page 476.

suite on fait les criées et le reste de la procédure comme dans un décret forcé, jusqu'à l'adjudication (1). » Pour conserver leurs droits, les créanciers du vendeur devaient former opposition, s'il n'était dû aux créanciers opposants qu'une somme inférieure à celle stipulée dans le contrat, on pouvait faire ordonner, de concert avec les opposants, que leurs oppositions seraient rayées des registres et converties entre les mains de l'acquéreur en saisies-arrêts sur le prix; si, au contraire, les oppositions dépassaient le prix dû au vendeur et que l'acheteur enchérît et se redit adjudicataire pour un prix plus élevé que celui fixé dans son contrat, il avait un recours contre son vendeur, et le décret de volontaire devenait forcé et « l'acquéreur ne tenait plus rien de son contrat, mais tout du juge qui lui vendait l'héritage comme à tout autre qui aurait offert autant ou plus que lui (2). »

Comme pour les décrets forcés, on colloquait les créanciers opposants suivant la date de leur hypothèque; les oppositions étaient reçues à n'importe quelle époque, même après le jugement d'adjudication, qu'on appelait proprement décret, pourvu cependant que ce

(1) Les décrets volontaires se résumaient en une fiction imaginée pour appliquer aux ventes à l'amiable la procédure des décrets forcés, procédure réglementée par l'édit des criées de Henri II (1551).

(2) Eusèbe de Laurière : *Textes de la Coutume de Paris* (article 84, page 214, tome I.

fût dans les vingt-quatre heures de ce jugement, c'est-à-dire avant que le jugement fût levé et scellé. Mais à partir de ce moment aucune opposition ne pouvait plus être faite, et le jugement purgeait les hypothèques des créanciers qui n'avaient pas formé d'opposition, il ne leur restait plus que la voie de la saisie-arrêt pour être payé « au sou la livre (1). » sur ce qui restait du prix commun comme simples créanciers chirographaires.

Louis XV, par un *édit du mois de juin 1771*, abrogea les décrets volontaires et leur substitua les *lettres de ratification* (2). Cet édit est précédé d'un exposé de motifs qui sert à faire comprendre ce à quoi on voulut remédier et quels étaient les avantages des lettres de ratification ; il nous paraît utile de résumer brièvement son préambule. Un édit de 1673 ordonnait l'établissement des greffes et enregistrement des oppositions pour conserver la préférence aux hypothèques, mais il survint des difficultés dans son exécution, et l'année suivante (avril 1674) il était révoqué. Le but de l'édit de 1771 est de faire revivre l'édit de 1673 sous une forme nouvelle, il veut donc affermir le droit de propriété et prévenir les troubles résultant de l'omission des formalités longues et embarrassantes auxquelles les décrets volontaires sont assujettis. Les dispositions de la nou-

(1) Pothier. édition Bugnet, tome X, page 265.

(2) Grenier, dans son *Commentaire sur l'Edit de 1771*, nous donne des exemples de lettres de ratification et de formules d'opposition (v. page 455).

velle législation faciliteront la vente d'une quantité de petits immeubles qui autrefois restaient sans acquéreurs, parce que les frais d'un décret volontaire en absorbaient le prix.

Analysons les principaux articles de cet édit et reproduisons le texte des plus importants. Il est créé, pour l'expédition des lettres de ratification, une chancellerie dans les bailliages et sénéchaussées (art. 1), et le sceau est remis à des officiers établis près de ces chancelleries (art. 10). L'art. 8 nous apprend comment l'acquéreur peut obtenir des lettres de ratification : « Sera tenu l'acquéreur avant le sceau des dites lettres de déposer au greffe du bailliage ou sénéchaussée, dans le ressort duquel seront situés les héritages vendus, le contrat de vente d'iceux, comme aussi le greffier du dit bailliage et sénéchaussée sera tenu, dans les trois jours du dit dépôt, d'insérer dans un tableau qui sera à cet effet placé dans l'auditoire, un extrait du dit contrat, quant à la translation de propriété seulement, prix et condition d'icelle, lequel restera exposé pendant deux mois, et avant l'expiration desquels ne pourront être obtenus aucune lettre de ratification. » L'art. 7 indique les effets des lettres de ratification : « Les lettres de ratification purgeront les hypothèques et privilèges à l'égard de tous les créanciers des vendeurs qui auront négligé de faire leur opposition, dans la forme qui sera prescrite ci-après (art. 8), avant le sceau d'icelles, et les acquéreurs des immeubles qui auront

pris de semblables lettres de ratification en demeureront propriétaires incommutables sans être tenus des dettes des précédents propriétaires, en quelque sorte et sous quelque prétexte que ce soit ainsi et de la même manière que les acquéreurs des offices et des rentes par nous constitués sont libérés de toutes dettes par l'effet des provisions et des lettres de ratification qui s'expédient en notre grande chancellerie, sans que néanmoins les dites lettres de ratification puissent donner aux acquéreurs, relativement à la propriété, droits réels, fonciers, servitudes ou autres, plus de droits que n'en auront les vendeurs, l'effet des dites lettres étant restreint à purger les privilèges et hypothèques seulement. »

Tout créancier légitime d'un précédent propriétaire (art. 9), avait pendant deux mois le droit de surenchérir du dixième, ou si une enchère avait déjà été formée par un autre créancier du vingtième seulement, à charge toutefois de fournir une caution suffisante et de rembourser à l'acquéreur les frais et loyaux coûts du contrat. A l'expiration des deux mois (art. 26), les lettres de rectification étaient scellées et expédiées au tiers détenteur qui se chargeait de payer les créanciers opposants. Si quelques créanciers opposants qui seraient venus en ordre utile, avaient été omis par le conservateur ce dernier était responsable (art. 27). Comment se réglait l'ordre entre créanciers opposants ? (art. 19)¹ En première ligne se plaçaient les créanciers privilé-

giés, en second lieu les créanciers hypothécaires dans l'ordre et le rang de leurs hypothèques, ensuite les créanciers chirographaires opposants et enfin les créanciers privilégiés ou hypothécaires qui avaient négligé de former opposition. L'édit de 1771 dans son article 32, déclarait qu'il ne s'appliquait pas aux hypothèques des femmes sur les biens de leurs maris pendant la vie desdits maris, pas plus qu'à celles des enfants sur les biens de leurs pères à raison seulement des douaires non ouverts, pour lesquels il n'était pas nécessaire de former opposition. Enfin l'art. 35 abrogeait l'usage des décrets volontaires et déclarait nuls ceux qui seraient faits dans l'avenir.

L'édit de 1771 réalisait un réel progrès dans la législation, cependant on peut le critiquer à plusieurs points de vue et Grenier dans le discours préliminaire (1) qui précède son *Traité des hypothèques* lui fait ainsi son procès : « Cet édit n'atteignit point la perfection, au moins celle qu'il est permis seulement aux hommes dans leurs institutions. Les hypothèques restèrent occultes. Les oppositions prescrites aux créanciers afin de conserver en cas d'obtention de lettres de ratification paraissaient au gré de ces créanciers, pourvu que ce fût avant le sceau des lettres. L'hypothèque était toujours inhérente au titre constitutif de la créance, elle ne prenait point date par l'opposition. Les prêteurs

(1) Grenier, *Discours préliminaire*, page 16.

ne se reconnaissaient donc, comme avant cet édit, que lorsqu'il était question de venir à l'ordre; et c'était seulement alors que plusieurs acquéraient la fâcheuse certitude qu'ils avaient été victimes d'une fausse sécurité et qu'ils avaient prêté sans espoir d'être remboursés. »

Dans les pays de nantissement le parlement de Flandre et le conseil d'Artois refusèrent d'exécuter et d'enregistrer l'édit de 1771 et le roi consentit à ce que dans le territoire de ces coutumes le système des lettres de ratification ne fut pas observé. Quant au parlement de Bretagne l'édit de 1771 ne lui fut pas adressé parce que l'on présumait que l'usage de l'appropriance lui réservait un accueil peu favorable.

Dans le *droit intermédiaire* deux lois s'occupent du système hypothécaire. La première *la loi du 9 messidor an III* établit par la formalité de l'inscription la publicité de l'hypothèque (art. 19) et créa les *cédules hypothécaire* (art. 36, 37 et suiv.), qui consistaient dans le droit de prendre hypothèque sur soi-même pour un temps déterminé qui ne pouvait excéder dix années, et jusqu'à concurrence des trois quarts de la valeur des biens désignés dans la cédule. La cédule hypothécaire était transmissible par la voie de l'endossement à ordre, elle formait un titre exécutoire contre le citoyen qui l'avait souscrite et au profit de celui à l'ordre duquel elle était passée (art. 36-2°).

Quant à la purge, l'art. 105 prescrit à l'acheteur de

notifier et de déposer expédition de son contrat dans le mois de sa date à chaque bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés; l'utilité de cette formalité était d'empêcher le vendeur de consentir encore des hypothèques valables. L'acheteur devait en outre acquitter dans le cours du mois suivant, *toutes* les créances hypothécaires et cédules du fait de son auteur ayant une date antérieure à la notification et la sanction était pour les créanciers le droit de poursuivre la vente. Comme on le voit, si la loi de messidor avait établi la publicité de l'hypothèque, elle avait à peu près supprimé la purge.

La loi du 11 brumaire, an VII, admit le principe de la publicité, non seulement pour les hypothèques conventionnelles, mais même pour les hypothèques légales établies au profit de la nation, sur les biens des comptables de deniers publics, au profit des mineurs, des interdits sur les biens de leurs tuteurs, curateurs et administrateurs, au profit des époux à raison de leurs conventions matrimoniales et droits matrimoniaux éventuels qui ne seraient encore ni ouverts ni déterminés (art. 21).

Notre Code civil a adopté à cet égard une solution différente et cette solution a des conséquences notamment au point de vue de la purge, car on distingue dans notre droit actuel deux sortes de purge, la purge des hypothèques inscrites et la purge des hypothèques dis-

pensées d'inscription (1). Dans la première, on suit en général les règles de la loi de brumaire ; la seconde s'est inspirée de l'édit de 1771 (art. 8 et 9).

L'art. 26 de la loi de brumaire voulait que tout acte d'aliénation fut transcrit pour être opposé aux tiers, et l'art. 30 était ainsi conçu : « Si le prix exprimé dans le contrat est insuffisant pour acquitter toutes les charges et hypothèques, l'acquéreur pour se dispenser d'en payer l'intégralité et se garantir de l'effet des poursuites autorisées par l'art. 14, est tenu de notifier, dans le mois de la transcription de l'acte de mutation, aux créanciers, aux domiciles par eux élus :

1° Son contrat d'acquisition ;

2° Le certificat de transcription qu'il en a requis ;

3° L'état des charges et hypothèques dont est grevée la propriété, avec déclaration qu'il acquittera sur-le-champ celles échues et celles à échoir, dans les mêmes termes et de la même manière qu'elles ont été constituées, mais le tout jusqu'à concurrence seulement du prix stipulé dans son acte. » Si les créanciers inscrits trouvent que le prix inscrit n'est pas en rapport avec la valeur de la chose et lui est inférieur, ils peuvent requérir la mise aux enchères de l'immeuble à la charge : 1° de le déclarer à l'acquéreur dans le

(1) La loi belge du 16 décembre 1851 est revenue au système de la loi de Brumaire et a soumis à l'inscription toutes les hypothèques légales.

mois de la notification par lui faite ; 2° de se soumettre de porter ou faire porter le prix au moins à un vingtième en sus de celui stipulé dans le contrat (art. 31) Si dans le délai d'un mois les créanciers ne surenchérisent pas, la valeur de l'immeuble demeure fixée définitivement au prix stipulé par le contrat d'acquisition (art. 32).

Le *Code civil* a à peu près copié les dispositions de la loi de brumaire, il faut toutefois remarquer que sous la loi de l'an VII, la transcription de la vente arrête le cours des inscriptions des hypothèques que le vendeur aurait pu consentir antérieurement à la vente et l'empêche d'en concéder de nouvelles.

Sous notre Code civil avant la loi du 23 mars 1855, la propriété était transférée par le seul effet du contrat (art. 1138) et la transcription n'était seulement alors qu'une formalité pour l'acquéreur qui voulait purger. Enfin, comme dernière remarque nous noterons que le délai d'un mois et la surenchère du vingtième n'ont pas passé dans notre législation, ou plutôt ont été remplacés par le délai de quarante jours et la surenchère du dixième (L. de brumaire, art. 31 ; Code civil art. 2185).

CHAPITRE II

DE LA PURGE. — QUI PEUT PURGER? — QUELLES SONT
LES ADJUDICATIONS QUI OPÈRENT PURGE?

Il y a deux sortes de purge dans notre Code civil : la purge des hypothèques inscrites et la purge des hypothèques dispensées d'inscription.

La purge des hypothèques inscrites donne au tiers détenteur le moyen d'affranchir l'immeuble des hypothèques qui le grèvent, en mettant les créanciers dans cette alternative ou d'accepter le prix ou de surenchérir d'un dixième. Si l'acheteur fait la purge, le droit de suite se ramène pour les créanciers au droit de surenchère.

La purge des hypothèques dispensées d'inscription ou purge légale, c'est tout autre chose; elle consiste à mettre les créanciers ayant des hypothèques occultes en demeure de s'inscrire dans un certain délai.

Nous ne nous occuperons dans cette thèse que de la purge des hypothèques inscrites.

Avant d'analyser les articles contenus dans le chapitre viii du titre *Des privilèges et des hypothèques*, nous croyons qu'il est utile de nous poser les deux questions suivantes, que nous étudierons dans deux sections

distinctes : 1° Qui peut purger? Qui ne le peut pas?
2° Quels sont parmi les jugements d'adjudication ceux qui opèrent et ceux qui n'opèrent pas purge?

SECTION PREMIÈRE

QUI PEUT PURGER? QUI NE LE PEUT PAS?

La faculté de purger appartient *aux tiers détenteurs*.

Qu'est-ce qu'un tiers détenteur? « C'est, nous dit M. Labbé (1), une personne qui possède un immeuble hypothéqué et qui est restée étrangère au contrat ayant fait naître l'obligation et l'hypothèque. » Pourquoi la faculté de purger est-elle réservée par la loi au tiers détenteur? Cela se comprend facilement, le tiers détenteur n'a pas contracté avec le créancier, il ne peut donc être tenu de respecter un contrat auquel il n'a pas participé.

Il nous faut maintenant passer en revue différentes catégories de personnes pour répondre à notre question : Qui peut purger? qui ne le peut pas?

La purge est ouverte à *l'acquéreur de la pleine propriété* et des droits réels immobiliers. Pour la pleine propriété pas de difficulté; cependant nous devons ad-

(1) Labbé : *De la procédure de la purge* (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, tome VIII, pages 209 et suiv.)

mettre qu'il n'est pas possible de faire la purge d'un immeuble que l'on a acquis lorsqu'on renonce expressément ou même tacitement à cette faculté. La renonciation tacite résultera, par exemple, de l'engagement pris par l'acheteur d'acquitter certaines dettes hypothécaires; à l'égard des titulaires de ces créances, il est bien certain qu'il ne pourra plus exercer la purge.

Passons maintenant aux démembrements de la propriété, il n'est pas douteux que *l'acquéreur de l'usufruit ou de la nue propriété* puisse purger, car ces deux droits peuvent être vendus aux enchères: cependant ces solutions sont graves.

Admettons, par exemple, que le débiteur qui avait hypothéqué son immeuble en aliène la nue propriété; l'acquéreur veut purger, et les créanciers qui, autrefois, avaient un droit certain vont être obligés de surenchérir sur un droit aléatoire.

La Faculté de Caen, dans ses observations sur les réformes hypothécaires projetées en 1841, admettait que la purge ne pourrait exister pour les actes portant cession d'usufruit ou d'autres démembrements de la propriété. Des auteurs pensent, et nous serions tenté de nous ranger à leur avis, que le correctif à admettre en cas d'aliénation de la nue propriété ou de l'usufruit serait que les créanciers puissent, en vertu de l'art. 1188 C. c., soutenir que la purge porte atteinte à leurs droits, et poursuivre immédiatement leur dé-

biteur qui a diminué leurs sûretés comme déchu du bénéfice du terme.

Celui qui a un *droit d'usage et d'habitation* ne peut purger, en effet, d'après l'art. 631 du Code civil, ces droits sont incessibles et il ne peut par conséquent être question de leur mise en vente.

Nous donnerons la même solution pour les *servitudes prédiates* acquises par le propriétaire d'un fonds sur un autre fonds, car si la loi ne les déclare pas incessibles cela résulte de la nature des choses; comment comprendre en effet qu'une servitude de passage d'acqueduc, de vue soit vendue détachée de l'héritage au profit duquel elle avait été constituée; donc, aucune purge ne peut être possible à leur égard et les créanciers hypothécaires dont la créance sera devenue exigible auront toujours le droit lorsqu'ils ne seront pas payés de faire vendre l'immeuble sans tenir compte des servitudes qui ont été établies postérieurement aux hypothèques. Certes cette décision est rigoureuse mais plutôt que de diminuer les sûretés des créanciers hypothécaires il vaut même sacrifier un acheteur imprudent. M. Labbé pense contre l'opinion générale des auteurs qu'on doit permettre à l'acquéreur d'une servitude non de purger le droit réel qu'il a acquis mais de faire quelque chose d'équivalent : sur un rapport d'experts le tribunal fixerait la valeur de la servitude et l'acheteur

(1) *Revue critique*, tome VIII, pages 231 et suiv.

devrait se soumettre à payer cette valeur. Cet auteur cite à ce propos un exemple fort pratique, l'achat de la mitoyenneté d'un mur, opération permise et facilitée par l'art. 661 du Code civil; le vendeur avait constitué avant l'aliénation, des hypothèques sur la propriété tout entière et par conséquent portant sur la totalité du mur, l'acheteur ne voudra pas payer son prix car il pourra dans un temps plus ou moins long se voir déposséder de cette copropriété. Faire fixer le prix par le tribunal sur rapport d'expert est la seule façon de sortir d'embarras ce sera une sorte d'expropriation pour cause d'utilité publique que l'on fera subir aux créanciers en diminuant la valeur de leur gage.

Cet ingénieux système pourrait trouver place dans un projet de loi sur la matière mais vu l'état actuel de notre législation on ne peut l'admettre. « D'ailleurs, comme le fait très bien remarquer M. Colmet de Santerre (1), le droit de purge ne dérive pas essentiellement de la nature de l'hypothèque, il constitue un amoindrissement des droits des créanciers, il a par conséquent un caractère exceptionnel, ce qui explique que, dans l'impossibilité de le faire fonctionner on sacrifie l'acquéreur d'un droit plutôt que les créanciers hypothécaires qui allèguent que leur gage a dû rester intact. »

La propriété peut être transmise à un acheteur sous

(1) *Cours analytique de Code civil*, tome IX, page 411.

condition soit suspensive, soit résolutoire. Prenons successivement ces deux hypothèses

Acquisition sous condition suspensive. La purge peut-elle en être valablement faite? Nous devons répondre que non; c'était la solution adoptée par l'ancien droit (Grenier, *Commentaires sur l'édit de 1771*, p. 65), et les rédacteurs du Code civil avaient inséré dans leur projet un article ainsi conçu : « On ne peut prendre des lettres de ratification sur une aliénation faite sous condition suspensive. » Si cette prohibition ne subsiste plus aujourd'hui dans nos lois cela tient à ce que le Code ayant rejeté le système des lettres de ratification n'a pas songé à conserver quelques dispositions de détail, et rien d'ailleurs ne nous autorise à croire qu'il ait voulu rompre avec la tradition.

Tel est l'argument historique. Plaçons-nous maintenant au point de vue des principes juridiques, là encore la réponse doit être négative; en effet l'acheteur ne sera acquéreur pur et simple que du moment où la condition sera accomplie.

L'art. 1180 du Code civil, accorde il est vrai, au créancier conditionnel le droit de faire tous les actes conservatoires de son droit. Mais peut-on dire que la purge entre dans cette catégorie d'actes? Cela est inadmissible puisqu'elle a pour but non pas de laisser toujours les choses dans l'état où elles sont, mais de provoquer quelquefois une surenchère et par conséquent

d'amener celui qui purge à une dépossession de la chose acquise.

La question a d'ailleurs peu d'intérêt au point de vue pratique; en effet, jamais un acheteur sous condition suspensive n'aura l'idée de purger sa propriété, car en purgeant il devrait s'engager à payer sur-le-champ aux créanciers hypothécaires toutes les sommes qui leur sont dues (art. 2184), jusqu'à concurrence du prix offert et si la condition venait par la suite à défaillir il devrait, pour répéter ces sommes contre son vendeur, attendre que les créances qu'il a payées fussent échues en vertu des principes de la gestion d'affaire (art. 1375 du Code civil). Il ne s'agit pas pour l'acheteur sous condition suspensive de s'assurer pour le moment la possession paisible de l'immeuble. Que lui importe que les créanciers usent de leurs droits? S'ils poursuivent l'acquéreur sous condition résolutoire et le somment de payer ou de délaisser, celui-ci purgera (nous montrerons tout à l'heure qu'il en a le droit) et dans cette procédure de purge il pourra se faire que notre acquéreur sous condition résolutoire voit ou bien ses offres acceptées, ou soit déclaré adjudicataire, dans ces cas le droit de l'acquéreur sous condition suspensive n'aura pas été atteint. Il peut se faire au contraire que ce soit un étranger qui se rende adjudicataire, ce tiers deviendra propriétaire pur et simple, mais l'acquéreur sous condition suspensive comme l'acquéreur sous condition résolutoire ont été liés à la procédure par les

sommations qui sont prescrites par l'art. 837 du Code de procédure civile, et ont pu par conséquent assister à la vente et sauvegarder leurs droits, et s'il y a un excédent de prix, tous les créanciers hypothécaires étant payés, il appartiendra au propriétaire qui verra s'accomplir la condition à son profit. Si la purge lui eût été permise il serait arrivé à un résultat tout semblable.

Passons maintenant à *l'acquéreur sous condition résolutoire*, peut-il purger? Cette question ne saurait faire l'ombre d'un doute en effet, l'art. 1183 du Code civil *in finem* nous dit que la condition résolutoire ne suspend pas l'exécution de l'obligation, l'acquéreur peut donc purger et même avoir un grand intérêt à le faire.

Nous devons maintenant nous demander quels sont les effets d'une telle purge? Nous examinerons à ce propos deux questions controversées, et pour faciliter nos explications nous nous placerons dans l'hypothèse d'une vente à réméré, seul cas pratique sur lesquelles se discutent.

Nous nous demanderons d'abord quel est au juste la nature du droit réservé au vendeur d'un immeuble par l'effet de la clause de réméré. Une première doctrine consiste à dire que le vendeur à réméré ne conserve rien de la propriété, qu'il n'a pas de droit réel et qu'à l'arrivée du terme il acquiert une propriété nouvelle, dégrevée des hypothèques anciennes lorsque, l'acheteur a fait la purge de son immeuble, en un mot qu'il n'est pas propriétaire

sous condition suspensive. Cette doctrine que nous ne pouvons admettre a toujours été suivie par la jurisprudence (1). L'acheteur à réméré est propriétaire sous condition résolutoire il n'a donc pas la propriété pleine et entière, ce qu'il ne possède pas un autre doit nécessairement l'avoir, il faut donc en conclure que le vendeur a conservé une chance, une éventualité de recouvrer la propriété ; cette chance, cette éventualité ne saurait être autre chose que la propriété sous condition suspensive (2). A ces arguments de pure théorie, nous ajouterons des raisons de textes ; l'art. 1659 nous dit que le vendeur à réméré se réserve le droit de reprendre la chose vendue moyennant la restitution du prix principal, et l'art. 1673 *in fine* nous montre qu'il reprend son immeuble exempt de toutes les charges hypothécaires dont l'acquéreur l'aurait grevé, ce qui nous montre clairement que le vendeur est resté propriétaire sous condition suspensive. Le vendeur à pacte de rachat peut non seulement exercer son action contre son acheteur, mais aussi contre un second acquéreur quand bien même la faculté de réméré n'au-

(1) Cour de cassation : arrêt du 14 avril 1847 ; *Dalloz*, 1847, I, page 217, et arrêt du 23 août 1871 ; *Dalloz*, 1873, I, page 325. Dans le même sens, Aubry et Rau, tome II, page 304, note 68.

(2) Labbé : *Examen doctrinal du réméré exercé par un cessionnaire* (*Revue critique*, pages 497 et suiv.) tome XXXVIII, 1872).

rait pas été déclarée dans le second contrat (article 1664). Il résulte de ce texte combiné avec l'article 1673 cité plus haut que même les tiers subissent la clause de réméré; on sait que toute action qui se donne contre les tiers est une action réelle, comme tout droit opposable aux tiers est un droit réel; il faut donc en conclure que le vendeur a un *jus in re* et non pas simplement un *jus ad rem*.

Nous en tirerons les conséquences suivantes : La purge faite par l'acheteur ne saurait profiter au vendeur au détriment des créanciers hypothécaires, donc si l'immeuble revient entre les mains du vendeur exerçant son réméré, les créanciers hypothécaires qui n'auront pas été désintéressés au moment où la purge a été faite auront un recours contre lui, et si le vendeur renonce à exercer son droit moyennant le paiement d'une certaine somme d'argent, le prix de la renonciation appartiendra exclusivement aux créanciers hypothécaires non payés et non pas à tous les créanciers quels qu'ils soient.

Une seconde question se pose à notre examen : Lorsqu'une clause de rachat existe, quels en sont les effets quant à la surenchère du dixième ?

Un premier système (1) veut qu'en cas de purge l'adjudication sur surenchère laisse la propriété affectée de la condition résolutoire, et l'adjudicataire,

(1) Labbé (*Revue critique*, tome VIII, 1856) : *Qui a le droit de purger*, pages 222 et suivantes.

quel qu'il soit, exposé à la résolution de son droit. Car, dit-on, dans cette opinion la propriété résoluble n'est pas toute la propriété, il y a pour ainsi dire un démembrement resté sur la tête du vendeur, il serait donc injuste de forcer les créanciers à se contenter d'un prix trop faible qui ne représente pas la valeur de leur gage et ce résultat ayant été obtenu par le fait de leur débiteur. Il faut donc en conclure que ce démembrement, cette propriété suspensive n'est pas purgée, qu'elle reste affectée des hypothèques consenties sur la propriété entière et par conséquent l'acheteur lorsqu'il purge ne purge qu'une partie de sa propriété. Alors de deux choses l'une, ou le réméré est exercé, dans ce cas les créanciers hypothécaires qui n'auraient pas été payés conserveront leurs hypothèques sur la chose rentrée dans le patrimoine du vendeur, mais ils seront primés par l'acheteur qui aura désintéressé les premiers créanciers hypothécaires par application des principes de la subrogation (art. 1251 C.c.) ; ou bien le vendeur n'exercera pas son droit dans le délai fixé et alors l'acheteur qui a déjà payé lors de son acquisition un certain prix, devra offrir aux créanciers hypothécaires non payés un nouveau prix pour le démembrement de propriété qu'il acquiert.

Cette doctrine est-elle fondée ? Nous ne le pensons pas ; elle puise sa force dans la fin de l'art. 837 du Code de procédure qui est ainsi conçu ; « L'acte d'aliénation sera déposé au greffe et tiendra lieu de mi-

nute d'enchère. Le prix porté dans l'acte ou la valeur déclarée et le montant de la surenchère tiendront lieu d'enchère. » Il doit en être ainsi, dit-on, car l'acheteur ne doit pas avoir la liberté, en provoquant une surenchère et se portant adjudicataire, de se débarrasser d'une condition que le vendeur lui a imposée. On peut donc conclure de ce texte que la purge qu'a faite l'acheteur laisse subsister la condition résolutoire qui était mentionnée dans l'acte d'aliénation. Nous répondrons que les expressions dont se sert l'art. 837 s'expliquent par le but même poursuivi par le législateur qui avait voulu avant tout régler une question de forme, on a essayé par là d'éviter les frais qu'entraîne la rédaction d'un nouveau cahier d'enchères. Pour admettre que le contrat passé entre le vendeur et l'acheteur soit obligatoire pour l'étranger qui se serait porté adjudicataire, il faudrait que le dépôt de l'acte d'aliénation fût principalement destiné à renseigner les futurs adjudicataires, ce qui ne peut être admis quand on sait ce que d'après la loi doit contenir une minute d'enchère. Elle contient, entre autres choses, nous dit l'art. 690 C. proc. 2°, 3° et 4° la désignation des immeubles telle qu'elle a été insérée dans le procès-verbal de saisie, les conditions de la vente (1) et

(1) Dans l'art. 690, il faut entendre par conditions de la vente des clauses diverses, notamment sur le garantie, sur l'obligation de subir les servitudes, sur l'entrée en jouissance, sur l'entretien des baux, sur l'interdiction de détériorer l'immeuble avant le paiement intégral du prix, etc.

enfin une mise à prix. Doit-on entendre par ces mots conditions, les modalités auxquelles la vente peut être soumise ? Non assurément puisque l'art. 690 réglemente les ventes sur saisie et que ces ventes ne peuvent être subordonnées à des conditions proprement dites. En cas de surenchère sur aliénation volontaire, la loi prescrit une certaine publicité qui consiste dans l'apposition d'affiches à la porte du domicile de l'ancien propriétaire et aux lieux désignés dans l'art. 699 C. de proc. et l'ar. 836 qui nous fournit ces indications et réglemente ce que doivent contenir ces placards, n'édicte nulle part l'obligation de mentionner la condition résolutoire qui affecte la propriété, mention qui serait une des plus indispensables si elle devait s'appliquer au droit de l'adjudicataire. L'art. 838 nous dit dans son dernier alinéa que : « les effets de l'adjudication à la suite de surenchère sur aliénation volontaire seront réglés à l'égard du vendeur et de l'adjudicataire par les dispositions de l'art. 717 ci-dessus » ; or l'art. 717 qui est au titre de la saisie immobilière nous dit que « l'adjudication ne transmet à l'adjudicataire d'autres droits à la propriété que ceux appartenant au saisi. « Le vendeur dont parle l'art. 838 c'est l'aliénateur dont l'acte a occasionné la purge ; avant l'aliénation il avait un droit pur et simple, donc l'adjudicataire aura aussi un droit pur et simple.

Nous avons ainsi écarté l'argument tiré de l'art. 837 C. proc., il ne nous reste plus qu'à montrer les consé-

quences de ce système pour faire voir qu'il ne saurait être admis. On aboutit à deux purges lorsque l'acheteur n'exerce pas son réméré : la dernière ayant pour but d'offrir aux créanciers un nouveau prix pour le démembrement de propriété nouvellement acquis ; or, il n'est pas possible d'admettre que l'acheteur à réméré, lorsque le vendeur laisse expirer le délai pendant lequel il pouvait reprendre sa chose, acquiert une propriété nouvelle ; l'art. 1662 est formel sur ce point : « Faute, nous dit-il, par le vendeur d'avoir exercé son action en réméré dans le terme prescrit l'acquéreur, demeure propriétaire irrévocable. » D'ailleurs, comment organiser la seconde purge, elle n'est réglementée nulle part ; alors, dit-on, l'acheteur et les créanciers prendront le tribunal de la situation de l'immeuble pour arbitre, et celui-ci fixera le juste prix à dire d'experts ; c'est créer une procédure toute nouvelle dont on ne trouve aucune trace dans nos lois.

Passons au second système, c'est celui que nous adoptons, il peut se formuler ainsi : Si l'adjudication sur surenchère a lieu au profit de l'acheteur à réméré, le contrat primitif subsiste tout entier (art. 2189) notwithstanding la purge, quitte à l'acheteur, si le vendeur exerce son droit de réméré, de se faire rembourser le prix payé aux créanciers comme il aurait eu une action en restitution du prix payé au vendeur lui-même s'il n'avait pas existé d'hypothèques sur l'immeuble ; si, au contraire, l'adjudication a lieu au profit d'un autre

que l'acquéreur qui purge le pacte de rachat ne subsiste plus et l'adjudicataire acquiert une propriété définitive (1). Cette opinion peut se ramener à cette formule : La clause qui réserve au vendeur la faculté de rachat est obligatoire pour le vendeur et l'acheteur, mais elle ne peut causer aucun préjudice aux créanciers inscrits ; donc, lorsque l'un d'entre eux use du droit de surenchérir aux termes de l'art. 2185 C. c., l'immeuble sera revendu sans aucune clause de rachat. En écartant les arguments de la première opinion et surtout celui tiré de l'art. 837 du C. de proc., nous avons établi la théorie que nous venons d'énoncer, il nous semble inutile d'y revenir ; nous dirons cependant pour conclure que cette solution respecte les droits des créanciers qui, s'ils ne trouvent pas le prix offert par l'acheteur à réméré suffisant peuvent faire vendre l'immeuble aux enchères et par là arriver à faire donner à l'immeuble sa véritable valeur ; et si on lui reproche de priver l'aliénateur sous condition résolutoire de la chance qu'il avait de reprendre sa propriété, nous répondrons avec M. Colmet de Santerre que « le vendeur s'est exposé sciemment à cette éventualité ; lorsqu'il a aliéné une propriété grevée d'hypothèque, il devait comprendre que l'acquéreur voudrait purger, et que l'effet de cette purge pourrait produire par une suren-

(1) En ce sens : Petit, *Traité des surenchères*, et Colmet de Santerre, *Cours analytique de droit civil*, tome IX, pages 411 et suiv.

chère suivie d'adjudication la résolution de l'aliénation conditionnelle par lui consentie et son remplacement par une adjudication pure et simple de la propriété.

La *caution personnelle*, si elle détient l'immeuble hypothéqué ne peut purger, car elle est personnellement tenue envers les créanciers hypothécaires et ne peut donc rien faire qui amoindrisse leurs droits. Mais que décider pour la *caution réelle*, c'est-à-dire pour le tiers qui, sans s'obliger personnellement, hypothèque son immeuble à la dette d'autrui? Elle ne peut purger quoiqu'elle ne soit tenue qu'hypothécairement. D'abord le texte de l'art. 2181 ne peut être invoqué par elle, car la première formalité de la purge est la transcription du titre et la caution réelle n'a pas de titre à transcrire, la purge est une faculté exceptionnelle qui ne peut pas être étendue; de plus elle est une atteinte aux droits stricts des créanciers hypothécaires, atteinte qui ne peut être tolérée que de la part d'une personne tout à fait étrangère à la constitution d'hypothèque.

L'*héritier pur et simple*, soit du débiteur principal, soit de la caution réelle ou personnelle ne peut pas purger vu l'obligation personnelle dont il est tenu, et vu sa qualité de successeur aux biens et aux dettes du défunt (art. 873 C. c.). Mais l'*héritier pour partie* peut-il purger lorsqu'il a payé sa part dans la dette? Il faut supposer pour cela que cet héritier ait dans son lot un immeuble hypothéqué par le défunt et que ce dernier ait laissé plusieurs héritiers. D'après l'art. 873 du Code

civil, les créanciers hypothécaires peuvent poursuivre l'héritier pour le tout, quoique celui-ci ait payé sa part dans la dette; pourra-t-il en purgeant échapper à leurs poursuites? La question est controversée, et quoique la majorité des auteurs tiennent et avec raison pour la négative, cependant quelques-uns pensent que le bénéfice de la purge doit lui être accordé. En effet, disent-ils, l'héritier qui a payé sa part dans la dette ne doit plus rien personnellement, or la faculté de délaisser comme celle de purger est accordée à tout tiers détenteur qui n'est pas tenu personnellement à la dette(1). Nous répondrons avec les partisans de la négative (2) que l'hypothèque est indivisible et par conséquent affecte l'immeuble tout entier, quoique des paiements aient été faits par l'héritier dans la mesure de ce qu'il doit, que l'héritier est tenu des obligations de son auteur, et parmi ces obligations il faut compter l'obligation de respecter l'hypothèque qui doit être individuelle comme l'hypothèque elle-même.

Examinons maintenant quelle est la situation de l'héritier bénéficiaire? Il est bien certain que tant qu'il est administrateur des biens de la succession il ne peut pas purger, il est en effet responsable et doit par conséquent conserver intacts les biens de la succession. Mais si l'héritier bénéficiaire s'est porté adjudicataire

(1) Troplong, *Traité des hypothèques*, tome III, pages 425 et suiv.)

(2) Labbé, *Revue critique*, tome VIII, page 213 et suiv.

d'un immeuble de la succession la question devient alors très délicate, l'héritier a opéré la vente d'un immeuble de la succession pour pouvoir la liquider, et aux enchères il se porte adjudicataire. La Cour de cassation, dans un arrêt solennel du 12 janvier 1876 (1), a décidé que l'héritier bénéficiaire pouvait purger, la question s'était posée à un point de vue fiscal, nous rapportons ici la solution de la Cour suprême vu l'importance de la décision qui a fixé d'une manière définitive la jurisprudence : « L'héritier bénéficiaire, qui se rend adjudicataire sur licitation d'un immeuble de la succession, est un tiers détenteur à l'égard des créanciers inscrits sur l'immeuble, et peut à ce titre leur offrir le prix de l'adjudication pour parvenir à la purge des privilèges et des hypothèques; en conséquence, cette adjudication dont le titre est de nature à être transcrit donne lieu à la perception du droit de transcription lors de l'enregistrement. »

Cette solution a cependant été contredite par M. Vallette (2) qui pense que l'héritier bénéficiaire lorsqu'il s'est rendu adjudicataire ne peut pas purger, parce qu'il n'est point devenu propriétaire en vertu d'un contrat translatif de propriété; en effet dit cet auteur la purge est exorbitante du droit commun, il n'en faut donc pas étendre les dispositions, or dans les textes sur

(1) Dalloz, 1876, I, pages 52 et suiv.

(2) *Revue pratique de droit français*, tome XXXIX (1875), pages 321 et suiv.

la matière la loi ne parle que d'acquéreurs par contrat par acte entre-vifs et le but de la purge et de faciliter la libre circulation des biens, les mutations par décès sont au contraire nécessaires et la loi ne permet pas de purger ce genre d'acquisition. L'héritier bénéficiaire qui s'est porté adjudicataire n'est pas un acquéreur par contrat, l'adjudication prononcée à son profit ne fait en somme que confirmer le droit de propriété qu'il avait déjà en qualité d'héritier.

M. Labbé (1) dans une savante dissertation sur cette question a répondu ainsi à ces arguments. « Le but de la purge n'est pas seulement de favoriser la libre circulation des biens par contrat. Le but selon nous est plus large c'est de procurer à tout acquéreur une certitude de propriété sans laquelle aucune innovation ne s'entreprend, aucune dépense d'amélioration ne s'accomplit ; par conséquent dégager la propriété des liens du passé, c'est un but d'intérêt général. » L'héritier bénéficiaire qui s'est porté adjudicataire possède en vertu d'un titre nouveau il ne doit pas être considéré vis-à-vis des créanciers comme un héritier, mais comme un étranger qui se serait porté adjudicataire dans la vente publique qui a eu lieu, car par le bénéfice d'inventaire il a dégagé sa personne de toutes les conséquences des contrats de son auteur, donc, comme tout acqué-

(1) Labbé, *Revue critique*, nouvelle série, tome III, page 337 et suiv. (1873-1874).

reur il doit pouvoir purger. Cette solution est adoptée par la majorité des auteurs lorsque la vente a eu lieu conformément aux règles prescrites par l'art. 987 du Code de procédure civile et s'il est seul héritier.

Mais la question devient plus délicate lorsqu'il y a plusieurs héritiers, que les biens sont vendus sur licitation et que l'héritier bénéficiaire se porte adjudicataire; dans ce cas son droit remonte au décès du testateur en vertu de l'effet déclaratif du partage (article 883 du Code civil). Par l'art. 883 le législateur a voulu éviter les recours entre cohéritiers. Cet article doit donc être sans influence pour les rapports de l'adjudicataire avec les créanciers inscrits; on peut dire en outre que l'art. 883 a eu pour but de consolider la propriété adjugée à l'un des cohéritiers à l'encontre des droits réels que ses cohéritiers auraient pu consentir dans l'indivision, et par conséquent il ne peut prohiber une procédure destinée à consolider la propriété issue de l'aliénation. Une dernière objection s'élève contre la théorie que nous soutenons elle est tirée de l'art. 1^{er}-4^o de la loi du 23 mars 1855 qui dit que l'on doit transcrire au bureau des hypothèques de la situation des biens : « Tout jugement d'adjudication autre que celui rendu sur licitation au profit d'un cohéritier ou d'un copartageant » La Cour de cassation dans l'arrêt précédemment cité a prévu l'objection et y répond ainsi : «..... La loi du 23 mars 1855 sur la transcription n'a rien innové à cet égard, elle a eu pour but unique de réglementer la

transmission de la propriété; si elle a dispensé de la transcription les partages et jugements d'adjudication au profit d'un copartageant elle a prononcé cette dispense au point de vue du désaïssement de l'ancien propriétaire et par application du principe déjà posé dans l'art. 883 du Code civil; rien n'établit qu'elle ait entendu ainsi accorder cette dispense au point de vue de la purge des hypothèques; elle ne porte donc aucune atteinte aux art. 2181 et 2183 du Code civil. » En résumé, l'art. 1^{er}-4^o de la loi de 1855 contient une dispense mais non une prohibition; donc, dès que l'héritier bénéficiaire aura intérêt à purger il pourra et devra faire transcrire son titre.

Il nous reste à nous demander pour terminer cette section si *donataires et les légataires* peuvent purger. Il faut faire une distinction entre les donataires et les légataires à titre universel et les donataires et légataires à titre particulier. Les premiers ne peuvent pas purger car ils sont personnellement tenus à la dette, cette solution est conforme aux principes et était déjà suivie dans l'ancien droit il est donc inutile d'y insister.

Quant au donataire à titre particulier il peut certainement purger, le Code civil nous le dit formellement dans les art. 2184 et 2189; nous donnerons la même solution pour le légataire particulier, cependant la négative a été soutenue par M. Valette, cette solution est la conséquence de celle qu'avait adopté cet auteur à propos de l'héritier bénéficiaire et ce sont les mêmes

arguments qu'il reproduit nous allons les résumer brièvement. Ce jurisconsulte considère la possibilité de purger comme liée à une acquisition en vertu d'un titre soumis à la transcription (art. 2181), et le Code se sert toujours du mot contrat en notre matière. Il ne faut pas s'attacher comme nous l'avons dit plus haut, au mot contrat, mais le remplacer par l'expression plus large acte translatif de propriété; quant à l'argument tiré de la transcription il n'a pas de valeur, la liaison entre la purge et la transcription n'existe pas dans le Code, puisque la transcription qui est exigée pour la purge ne l'est pas pour la transmission de la propriété; la loi de 1855 n'a pas rétabli ce parallélisme et il faut d'ailleurs respecter la pensée du législateur qui a voulu consolider la propriété immobilière. Reste une dernière objection; le légataire particulier ne peut pas purger parce que cette purge pourrait avoir pour résultat de laisser aux mains du légataire une portion de la valeur de l'immeuble. Par exemple un immeuble, légué vaut 100,000 francs: le légataire offre 94,000 francs, le surenchérisseur devrait offrir un dixième en sus (art. 2185), soit 9,400 francs ce qui fait une somme totale de 103,400 francs, et comme l'ensemble ne vaut que 100,000 fr., la surenchère n'aura pas lieu, le légataire gardera l'immeuble et gagnera ainsi 6,000 fr. bien que tous les créanciers ne soient pas payés, et certes la loi n'a pas voulu consacrer un pareil résultat en instituant la purge. Nous ferons d'abord remarquer que ce résultat se pro-

duit en cas de donation et nous avons dit que la loi reconnaissait formellement le droit de purger, au donataire; ensuite nous nous permettrons de dire que la valeur d'un immeuble n'est jamais fixe, mais que cela dépend beaucoup des circonstances. Le légataire particulier ne doit rien avoir si les dettes ne sont pas payées, cela est bien certain, donc si tous les biens de la succession y compris l'immeuble légué sont insuffisants pour payer les dettes, les créanciers répondront (1) aux notifications du légataire par une demande en nullité du legs et pourront s'opposer à la purge en soutenant que celui-ci n'est pas propriétaire en face des créanciers en souffrance; mais nous supposons évidemment que la succession comprend plus de biens que de dettes, si les créanciers n'ayant pas surenchéri, ont perdu leurs hypothèques et ne sont pas entièrement payés, ils ont été imprudents, et se sont fiés à leur hypothèque et peut être aussi aux autres valeurs héréditaires qu'ils ont laissé dissiper par l'héritier en ne demandant pas contre lui la séparation des patrimoines. Il n'est donc pas inique d'admettre que le légataire poursuivi hypothécairement puisse se prévaloir du bénéfice du tiers détenteur.

(1) Labbé, *Revue critique*, tome VIII, pages 217 et suiv.; Demante et Colmet de Santerre, tome IX, page 403.

SECTION II

QUELS SONT PARMI LES JUGEMENTS D'ADJUDICATION CEUX QUI
OPÈRENT ET CEUX QUI N'OPÈRENT PAS PURGER

Nous avons examiné dans une première section quelles sont les personnes qui ont le droit de purger; il nous faut maintenant étudier s'il est toujours utile et nécessaire de recourir à la purge pour affranchir l'immeuble des hypothèques qui peuvent le graver; pour cela, nous allons étudier les effets des jugements d'adjudication.

Nous ferons remarquer que les formalités nombreuses dont quelques-uns sont entourés ont dû servir à protéger les créanciers hypothécaires, et à fixer le prix de l'immeuble à sa juste valeur.

La première hypothèse à examiner est l'*adjudication sur saisie immobilière*. L'art. 717 du Code de procédure civile nous indique les effets de ce jugement d'adjudication, nous lisons dans cet article (*in fine*) que « le jugement d'adjudication dûment transcrit purge toutes les hypothèques, et les créanciers n'ont plus d'action que sur le prix. » Cet effet de la procédure de saisie immobilière n'a rien qui puisse nous surprendre vu les nombreuses formalités dont le législateur l'a entourée; d'abord la saisie immobilière et l'exploit de dénonciation au saisi doivent être transcrits (ar-

ticle 678), vingt jours après cette transcription, un cahier des charges est rédigé; huit jours après le dépôt au greffe du cahier des charges une sommation est adressée aux créanciers inscrits, d'avoir à en prendre communication pour qu'ils puissent fournir les observations qu'ils croient devoir être nécessaires. La sommation faite ainsi à chaque créancier inscrit a pour but de le mettre en mesure de surveiller la procédure de saisie, de manière que l'immeuble soit vendu au plus haut prix possible (art. 692). Enfin, pendant les huit jours qui suivront le prononcé de l'adjudication, toute personne pourra faire, par le ministère d'un avoué, une surenchère, pourvu qu'elle soit du sixième au moins du prix principal de la vente (art. 708). Cette surenchère faite ou le délai expiré, il ne pourra plus s'en produire de nouvelles, tout est fini, l'immeuble est définitivement purgé; on a pu d'ailleurs voir par toutes les formalités exigées par la loi que cette adjudication présente autant de garanties que la procédure de purge telle qu'elle est réglée par notre Code civil; car ici les notifications sont remplacées par des sommations faites à tous les créanciers inscrits.

L'*adjudication sur surenchère du dixième*, établie par l'art. 2185 du Code civil, et qui est une conséquence de la procédure de purge, opère la purge des hypothèques, nous ne faisons que le constater ici pour avoir une énumération complète; nous devons d'ail-

leurs, dans le cours de cette étude, revenir longuement sur cette surenchère et sur ses effets.

L'adjudication à la suite d'une vente sur saisie immobilière convertie en vente volontaire opère-t-elle purge ? D'après l'art. 743 du Code de procédure civile, il faut distinguer à quelle époque a eu lieu cette conversion. Si c'est avant la sommation prescrite par l'art. 692, et par conséquent, si la sommation n'a été faite que sur la demande du poursuivant et du saisi, les créanciers inscrits n'ayant pas été avertis, la vente ne leur sera pas opposable et l'adjudication qui en sera la suite n'aura à l'égard des créanciers inscrits que les effets d'une vente amiable, et on devra faire la purge. Si, au contraire, l'adjudication a eu lieu après cette sommation, tous les créanciers inscrits non seulement ont été avertis, mais tous, unanimement, ont dû autoriser cette conversion, alors, sans aucun doute, l'adjudication opérera purge.

Les licitations de biens indivis, les ventes de biens de mineurs, les ventes de biens dépendant d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire n'opèrent pas purge, quoiqu'elles aient été faites en justice. Il faudra donc recourir aux formalités prescrites par le Code civil ; on doit toutefois observer que ces ventes de biens donnent lieu à la surenchère du sixième dans la huitaine de l'adjudication, comme les ventes sur saisie immobilière. Donc, quand cette surenchère aura eu lieu en vertu de la règle « surenchère sur surenchère

ne vaut, » nous devons déclarer ces biens purgés des hypothèques qui pouvaient les grever (art. 963). Pourquoi, lorsqu'il n'y a pas surenchère du sixième, les acquéreurs de ces biens sont-ils forcés de purger ? La vente, il est vrai, a bien eu lieu aux enchères publiques, mais elle n'avait pas pour but de réclamer le droit hypothécaire, et les créanciers inscrits n'ont pas été liés à ces ventes comme ils le sont à la procédure de saisie par les sommations prescrites par l'art. 692 ; de plus, le Code prend soin, dans les divers titres qui traitent de ces ventes, de nous renvoyer aux articles de la saisie immobilière, applicables en notre matière, et nous n'y voyons jamais figurer l'art. 717, qui, nous l'avons déjà dit, déclare que le jugement d'adjudication, dûment transmis, opère purge (art. 964, 973, 988, C. pr. c.).

Quel est l'effet du *jugement d'adjudication des immeubles d'un failli*, au point de vue de la purge ? La question est controversée. L'art. 573 du Code de commerce s'exprime ainsi : « La surenchère, après adjudication des immeubles du failli sur la poursuite des syndics, n'aura lieu qu'aux conditions et dans les formes suivantes : — La surenchère devra être faite dans la quinzaine. — Elle ne pourra être au-dessous du dixième du prix principal de l'adjudication. Elle sera faite au greffe du tribunal civil, suivant les formes prescrites par les art. 710 et 711 du Code de procédure civile ; toute personne sera admise à surenchérir

— Toute personne sera également admise à concourir à l'adjudication par suite de surenchère. Cette adjudication demeurera définitive et ne pourra être suivie d'aucune autre surenchère. » Dès qu'il y a surenchère du dixième, la purge ne peut plus avoir lieu, c'est ce qui ressort du texte que nous venons de citer, ce n'est d'ailleurs que l'application de la règle contenue dans les art. 838 et 965 du Code de procédure civile.

Mais, où la question s'élève, c'est lorsque la surenchère n'a pas eu lieu dans les quinze jours de l'adjudication, alors on se demande si l'adjudicataire peut considérer l'immeuble ainsi acquis comme libre de toute hypothèque, ainsi que cela a lieu dans les ventes sur saisie immobilière ou s'il doit recourir aux formalités du Code civil pour purger son immeuble des hypothèques qui pouvaient le grever.

Une première opinion consacrée par la Cour de cassation (1) déclare que l'art. 573 ne laisse pas place à la purge du Code civil, elle s'appuie sur les raisons suivantes. L'art. 532 C. comm. nous dit que « les syndics représentent la masse des créanciers et sont chargés de procéder à la liquidation. » Donc, les notifications exigées par le Code civil auraient été inutiles et auraient entraîné à des frais superflus. De plus, les créanciers sont prévenus par la publicité donnée à la faillite (art. 442, 462, 491. 492 C. de comm.), ce qui équi-

(1) Dalloz 8 avril 1867), I, page 380.

vaut bien à des notifications ; la loi accorde un délai de quinzaine pour surenchérir, et la surenchère n'est que d'un dixième, ce sont là assurément des facilités accordées aux créanciers. L'art. 573 est formel et nous dit que « la surenchère n'aura lieu qu'aux conditions et dans les formes suivantes, etc. » ; la généralité des termes semble indiquer que toute autre surenchère a été exclue par le législateur. Enfin, on fait remarquer que la faillite exige une liquidation rapide, et qu'il ne faut pas pour ce motif admettre la possibilité de la purge du Code civil qui accorde un délai de quarante jours pour surenchérir (art. 2185), et qui irait ainsi contre le but que l'on s'était proposé.

Dans un second système qui nous paraît plus juridique, on décide que l'adjudicataire doit faire la purge conformément aux règles prescrites par le Code civil. On remarque, en effet, que l'art. 572 du C. de com. assimile la vente des biens du failli aux ventes de biens de mineurs ; or, nous avons constaté plus haut que ces ventes n'opèrent pas par elles-mêmes la purge des hypothèques. Mais, dit-on, la faillite donne lieu à une certaine publicité. Nous répondrons à cela que tous les créanciers ne sont pas prévenus puisque l'on ne fait pas à chacun d'eux de notifications individuelles, et si la fin de l'art. 573 repousse toute procédure nouvelle, ce n'est que par application de la règle « Surenchère sur surenchère ne vaut. » Enfin, comme dernier argument, on objecte que l'art. 573 qui déclare que « la

surenchère n'aura lieu qu'aux conditions et dans les formes suivantes, etc. » Cet article peut s'expliquer ainsi : « Il a pris, nous dit M. Colmet de Santerre (1), la place de l'art. 565 de l'ancien Code de commerce qui permettait à tout créancier de surenchérir dans la huitaine : la surenchère devait être d'un dixième. » Sur cet article s'était élevée la question de savoir si cette surenchère était exclusive de la surenchère admise par le Code de procédure alors en vigueur (art. 710 ancien) qui pouvait être formée par toute personne dans la huitaine moyennant l'offre d'un quart en sus du prix. Les rédacteurs de l'art. 573 actuel (loi de 1838) ont voulu unifier ces deux surenchères dont ils ont en effet mêlé les diverses conditions dans leur article. Leur intention est attestée par M. Renouard (2) ancien rapporteur de la loi à la Chambre des députés en 1835, dans son *Traité des faillites et banqueroutes*. Il compare l'ancien article au nouveau, et il s'exprime ainsi : « L'article a porté à quinzaine au lieu de huitaine le délai pour surenchérir. Il a admis toute personne à surenchérir. Par là se trouve tranché un sérieux débat sur la question de savoir si la surenchère du quart, ouverte à toute personne par le Code de procédure civile, concourait avec la surenchère du dixième

(1) Colmet de Santerre, *Cours de Code civil*, tome IX, pages 405 et suiv.

(2) Renouard, *Traité des faillites et banqueroutes*, tome II, page 367.

ouverte par le Code de commerce à tout créancier. Il n'est pas question de la surenchère autorisée par l'art. 2185 (C. c. par conséquent, ce n'est pas cette surenchère qui est comprise dans la formule exclusive que contient la première ligne de l'art. 573. »

La loi du 3 mai 1841 sur l'*expropriation pour cause d'utilité publique* à la fin de son art. 17 s'exprime ainsi : « Les créanciers inscrits n'auront dans aucun cas, la faculté de surenchérir, mais ils pourront exiger que l'indemnité soit fixée conformément au titre IV. » Le droit des créanciers consistera donc à faire fixer par le jury d'expropriation la valeur de l'immeuble et à exercer leurs droits sur le prix. Le droit de surenchère ne peut avoir en effet sa place en cette matière, car cette surenchère ne pourrait tendre qu'à déposséder l'expropriant, ce qui est manifestement contraire au but de la loi. Bien plus, les conventions amiables passées entre l'administration et les propriétaires lorsqu'elles ont été publiées et transcrites au bureau des hypothèques purgeront l'immeuble des hypothèques qui le grevaient si les intéressés n'ont pas fait valoir leurs droits dans la huitaine ou s'ils ont accepté les offres de l'administration (art. 15, 16, 19, 21, 23, 24).

Pour terminer cette section, nous avons à nous demander si l'*adjudication sur folle enchère* purge ? Il faut distinguer si la première adjudication ne donnait pas lieu à la purge, ou si au contraire elle nécessitait de recourir à cette formalité. Dans le premier cas, nous

devous admettre que l'adjudicataire n'aura pas besoin de purger puisque l'adjudication en vertu de laquelle il avait le bien, opérait par elle-même la purge des hypothèques qui pouvaient le grever. Dans la seconde hypothèse, nous devons admettre que le nouvel adjudicataire devra purger; on a essayé cependant de soutenir le contraire (1) en disant que si la vente sur folle enchère modifie l'adjudication faite sur la première surenchère quant au nom de l'adjudicataire, elle la maintient et la confirme sur le point le plus important, la fixation du prix, qui reste celle déterminée par l'adjudication sur la première surenchère puisque le fol enchérisseur est tenu de toute la différence qui peut exister entre le prix de l'adjudication et celui de la vente faite sur folle enchère (art. 740 C. proc. c.). Nous répondrons donc à cette doctrine en disant avec la Cour de Dijon (2) que le droit de surenchère créé par l'art. 2185 subsiste tant que le créancier inscrit n'est pas frappé par la notification et n'a pas laissé écouler le délai de quarante jours sans l'exercer; que, si faute par l'adjudicataire de remplir les conditions de la vente judiciaire, il y a lieu à une revente sur folle enchère qui ait pour but de substituer un nouveau prix à l'immeuble, il n'existe aucune raison de droit qui fasse

(1) Paul Pont, *Code civil*, page 600, tome II : *Traité des privilèges et hypothèques*.

(2) Cour de Dijon, arrêt du 4 mars 1855; *Journal du Palais*, 1855, tome 1, page 369.

obstacle à ce que la surenchère du dixième s'exerce sur ce nouveau prix qui subsiste seul, et qu'il serait contraire à toute idée de justice d'admettre que le créancier inscrit au profit duquel l'art. 2185 a créé un droit de surenchère sur le prix fut déchu de ce droit par cela seul que l'adjudicataire, n'ayant pas rempli ses engagements, aurait donné lieu à une revente sur folle enchère dont l'effet ordinaire est d'amoindrir le gage du créancier.

CHAPITRE III

FORMALITÉS ET CONDITIONS QUE DOIT REMPLIR LE TIERS DETENTEUR POUR PURGER

Tout tiers détenteur qui veut purger son immeuble des hypothèques qui peuvent le grever doit faire transcrire son titre d'acquisition (art. 2181, 2182); faire certaines notifications (art. 2183); enfin prendre l'engagement d'acquitter sur-le-champ les dettes et charges hypothécaires jusqu'à concurrence du prix (art. 2184).

Nous allons étudier dans trois sections distinctes ces formalités et conditions imposées à l'acquéreur comme préliminaire de la purge.

SECTION PREMIÈRE

DE LA TRANSCRIPTION

La transcription a traversé bien des phases dans notre droit moderne, il nous paraît donc utile d'étudier successivement les différentes sources législatives qui ont donné à cette formalité un rôle plus ou moins large.

La loi du 11 brumaire de l'an VII sur le régime hypothécaire dans son art. 26, déclarait que les actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèque devaient être transcrits sur les registres du bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens étaient situés, qu'à partir de cette époque la propriété était transférée vis-à-vis des tiers, et qu'en conséquence les hypothèques consenties par le vendeur, inscrites après la vente et avant la transcription pouvaient être opposées à l'acheteur. La vente non transcrite n'avait d'effet qu'entre les parties, donc si le vendeur avait cédé son immeuble successivement à différentes personnes ou même avait consenti des hypothèques depuis le contrat, la partie la plus diligente qui faisait transcrire ou inscrire la première le droit qu'elle avait acquis, pouvait l'opposer aux autres acquéreurs, quitte à ces derniers à se retourner en garantie contre le vendeur.

Quel système le Code suivit-il? Lors de sa rédaction on se demanda si l'on devait maintenir la transcription. La question se présenta sous l'art. 1140, on en renvoya l'examen au titre de la vente où on ne la régla pas; mais au titre des privilèges et des hypothèques elle fut vivement discutée. Les art. 91 et 92 du projet reproduisaient les art. 26 et 28 de la loi de brumaire : voici ces articles :

Art. 91 : « Les actes translatifs de propriété qui n'ont pas été transcrits ne peuvent être opposés aux

tiers qui auraient contracté avec le vendeur et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente. »

Art. 92 : « La simple transcription des titres translatifs de propriété sur le registre du conservateur ne purge pas les hypothèques et privilèges établis sur l'immeuble : il ne passe au nouveau propriétaire qu'avec les droits qui appartenaient au précédent, et affecté des mêmes privilèges et hypothèques dont il était chargé. »

Le Conseil d'État qui vota l'art. 91 du projet, ainsi que l'art. 92, était partagé sur la question de savoir s'il fallait conserver dans nos lois la transcription établie par la loi de brumaire ou la rejeter. « L'effet de cet article (art. 91), sera-t-il M. de Malleville, serait d'investir de la propriété le nouvel acheteur qui aura fait transcrire au préjudice de l'acheteur le plus ancien qui n'aura pas rempli cette formalité? Cet article semblerait le supposer par la généralité de ses expressions ; mais comme l'article suivant (art. 92) dit que, malgré la transcription, l'immeuble ne passe à l'acquéreur qu'avec les droits qui appartenaient au vendeur, et qu'on ne peut pas transmettre ce qu'on n'a plus, il y a lieu de douter si l'art. 91 a voulu, en effet, que le premier acquéreur put être dépouillé de la propriété par le seul défaut de la transcription : cette disposition présenterait des inconvénients très graves. »

A ces observations M. Treilhard répondit : « Oui, telle sera la conséquence de l'article : il était néces-

saire de régler la préférence entre les acquéreurs dans le cas d'une double vente. L'article veut qu'elle soit accordée à l'acquéreur qui a fait transcrire, sauf recours de l'autre contre le vendeur, » et M. Jollivet ajoutait que : « cette disposition était encore nécessaire pour ôter au vendeur la faculté de charger d'hypothèque l'immeuble vendu. » L'art. 92 du projet se retrouve tout entier dans l'art. 2182 du Code civil; quant à l'art. 91 on n'en voit aucune trace dans le Code et on ne peut s'expliquer sa disparition puisqu'il avait été voté. Est-ce une omission involontaire, un escamotage? Nul ne peut le dire. Mais en présence de cette suppression il n'est pas permis de soutenir (1) que la transcription a été sous-entendue dans le Code.

La transcription exigée pour purger les privilèges et les hypothèques n'est donc qu'un vestige de la loi de brumaire, elle n'ajoute rien à la perfection de la vente, elle est un moyen prescrit par le législateur pour arriver à la purge des hypothèques inscrites avant la vente. C'est du reste l'opinion qui prévalut devant le Conseil d'Etat qui interrogé sur ce point décida, le 11 fructidor an XIII : « que depuis le Code civil la vente

(1) La régie cependant soutenait que la vente seule ne faisait pas disparaître pour les créanciers hypothécaires la faculté de s'inscrire, que ce droit n'était éteint qu'à partir de la transcription du titre d'acquisition. Elle s'appuyait sur l'art. 2498, dont les expressions ne sont qu'un reste du système de la loi de brumaire.

authentique suffit pour arrêter le cours des inscriptions, même par rapport aux créanciers antérieurs du vendeur dont l'hypothèque non inscrite au temps de la vente est sans force à l'égard d'un tiers acquéreur. »

Avant d'examiner quels changements le Code de procédure et la loi de 1855 ont apporté à notre matière, il nous reste à nous demander si la transcription n'avait pas quelque utilité sous le Code civil. Merlin (1), dans son *Répertoire de jurisprudence*, nous indique très clairement les effets de cette formalité ; voici comment il s'exprime : « La transcription n'est ni ne peut être une formalité fantastique : elle a un but visible. Il faut mettre les créanciers à portée de connaître si le prix donné à l'immeuble par le nouveau propriétaire, égale sa vraie valeur. La notification qui doit contenir la désignation du vendeur ou du donateur, la nature et la situation de l'immeuble aliéné, ou la désignation générale du domaine, le prix et les charges ou l'évaluation du même domaine, fourniront, sans doute, des renseignements suffisants dans plusieurs cas ; mais il en est beaucoup d'autres où ces renseignements ne suffiront pas, et où les créanciers désireront voir l'acte d'aliénation tout entier. Le législateur, guidé par les vues d'une sage économie, a prévu que la notification de l'acte d'aliénation à chaque créancier deviendrait trop dispendieuse ; il a mieux aimé obliger le nouveau pro-

(1) Merlin, *Répertoire de jurisprudence*, mot *transcription*, tome XXXV, page 4.

priétaire à faire transcrire cet acte tout au long, dans les registres du bureau de la conservation des hypothèques, dans l'arrondissement duquel l'immeuble est situé, afin que chaque créancier put aller puiser, dans ce dépôt public et commun, les renseignements qu'il ne trouvait pas dans la notification. »

Le Code de procédure, dans les art. 834 et 835, donna à la transcription une place plus large que celle que lui avait faite le Code civil ; il décide en effet que pendant les quinze jours qui suivent la transcription, les créanciers peuvent encore inscrire les privilèges et les hypothèques qu'ils auraient acquis sur l'immeuble antérieurement à l'aliénation. Mais, dans tous les cas, l'acquéreur de l'immeuble, le nouveau propriétaire qui veut purger n'est pas tenu de faire aux créanciers, dont l'inscription n'est pas antérieure à la transcription de l'acte, des notifications et des offres conformément aux art. 2183 et 2184 du Code civil, et si ces créanciers ne requièrent pas la mise aux enchères, dans le délai et les formes prescrites par l'art. 2185, le nouveau propriétaire n'est tenu qu'au paiement du prix conformément à l'art. 2186 du Code civil (art. 835, C. pr. c.) Ces articles qui n'avaient été insérés dans le Code de procédure, que dans un but purement fiscal, avaient eu cependant pour résultat, de mettre en demeure les créanciers non inscrits, c'était, comme on l'a dit, un appel à leurs inscriptions.

Enfin, la loi du 23 mars 1855, sur la transcription

en matière hypothécaire, est revenue aux principes de la loi de brumaire (1). L'art. 3, en effet, nous dit que : « Jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents, ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois. » Les art. 834 et 835 du Code de procédure civile sont abrogés (art. 6). Sous l'empire de la loi nouvelle, la transcription est, on le voit, nécessaire non seulement comme formalité préalable de toute purge, mais encore pour transférer vis-à-vis des tiers, la propriété au nouvel acquéreur.

Maintenant que nous avons rappelé les différentes phases que la transcription a traversées, nous allons aborder l'étude de nos articles, et examiner les diverses questions qu'ils peuvent soulever.

Que doit-on faire transcrire ? L'art. 2181 nous parle des contrats translatifs de propriété, l'art. 2182 des titres translatifs de propriété, et enfin l'art. 2183-2° de la transcription de l'acte de vente. Quelle est de toutes ces expressions celle que nous devons consi-

(1) Nous devons toutefois faire remarquer que la loi de Brumaire n'exigeait la transcription que des actes translatifs de propriété immobilière ou de droits susceptibles d'hypothèque. La loi de 1855 est allée plus loin, car elle soumet à la transcription non seulement les actes énoncés par la loi de Brumaire, mais elle y ajoute tous les actes pouvant altérer la valeur de la propriété immobilière : antichrèse, servitudes, droits d'usage et d'habitation, baux de plus de 18 ans.

dérer comme vraie ? C'est assurément l'expression de l'art. 2182 « titres translatifs de propriété » qui, étant la plus large, doit être regardée comme la véritable pensée de la loi, étant donné le but que le législateur a poursuivi en créant la purge.

Peut-on transcrire les actes sous seing privé qui ont été enregistrés ? La raison de douter vient de ce que les actes sous seing privé peuvent renfermer des obscurités que l'on ne rencontre pas, ou du moins qui se trouvent rarement, dans les actes authentiques ; l'original de tels actes peut se perdre, être détruit ou altéré : enfin, une des parties peut dénier son écriture ou sa signature. Permettre de les transcrire, c'est leur donner une apparence de valeur de nature à tromper les tiers. On comprend donc qu'une telle question se soit agitée pendant longtemps. Le ministre de la justice avait d'abord décidé qu'on ne pourrait transcrire à l'effet de purger que les actes authentiques ; mais un avis du Conseil d'État du 12 floréal an XIII (1) (5 mai 1805) décida que l'on pouvait transcrire les actes de vente sous signatures privées. Les motifs de cette décision étaient qu'il n'y avait dans nos lois aucune prohibition à ce sujet ; que lors de la discussion du Code civil la question fut posée devant le Conseil d'État, et qu'il parut évident qu'on pouvait transcrire un acte sous seing privé, dûment enregistré, et qu'on jugea superflu de

(1) Duvergier, *Collection des lois et décrets*, tome XV, page 241.

faire une disposition spéciale pour le permettre. Lors de la rédaction de la loi de 1855, la question fut de nouveau agitée et résolue dans le sens de l'avis du 12 floréal an XIII. Car, a-t-on dit, si les actes sous seing privé ont certains inconvénients, les actes authentiques n'en sont pas dépourvus; ils entraînent à des frais considérables; de plus, imposer la forme authentique pour toutes les conventions exigeant transcription, c'est porter atteinte à la liberté (1).

Lorsqu'un acte est commun à plusieurs personnes, à qui profite la transcription: à tous, ou seulement à celui qui l'a requise? Nous distinguons avec Troplong (2) deux hypothèses. Dans un premier cas, nous supposons qu'un individu vende un immeuble à deux personnes, chacune pour moitié, il nous faut décider alors que la transcription faite par l'un profite à l'autre. Dans l'autre cas, c'est une personne qui échange un immeuble situé dans tel arrondissement contre un autre situé dans un arrondissement différent; la transcription opérée par l'un d'eux ne profite pas à l'autre, parce que c'est au bureau de la situation des biens que l'on doit faire la transcription.

Par un même contrat, on a pu vendre plusieurs immeubles; l'acheteur peut avoir intérêt à ne faire la purge que d'un de ces immeubles; pourra-t-il se con-

(1) Mourlon, *Traité de la transcription*, tome I, *Rapport de M. de Belleyme*, page 33.

(2) Troplong, *Privilèges et hypothèques*, tome IV, page 100.

tenter de faire transcrire la portion de l'acte relative à cet immeuble ? Si nous prenions à la lettre le texte de l'art. 2181, il nous faudrait décider que l'acte devra être transcrit dans sa totalité ; en effet, cet article nous dit que les contrats translatifs de propriété seront transcrits en entier par le conservateur des hypothèques ; nous admettrons cependant que l'on pourra se contenter de faire transcrire la partie de l'acte relative à l'immeuble que l'on veut purger, cela semble plus raisonnable : le Code a statué sur le *quod plerumque fit* ; car, le plus souvent, un acte ne contient qu'une seule vente ; mais, dans tous les cas, nous déciderons qu'on ne pourrait se contenter de faire transcrire un simple extrait analytique ; nous admettrons aussi, pour nous conformer au but de la loi, que si toutes les parties d'un acte étaient liées entre elles de telle façon qu'on n'en pût retrancher aucune sans risquer d'être incomplet, en un mot, si l'acte était indivisible, il devrait être transcrit en entier.

Dans quel délai la transcription devra être faite ? Le Code civil ne dit rien à cet égard, mais depuis la loi de 1855 il est clair que l'intérêt de l'acheteur sera de faire transcrire son titre le plutôt possible car la transcription arrête le cours des inscriptions.

Il nous reste encore sur la transcription une importante question à examiner, question très controversée qui a même été l'occasion d'observations lors de la rédaction de la loi de 1855, mais qui n'a pas été tranchée

par celle-ci; on peut la formuler ainsi : Lorsqu'il y a eu plusieurs ventes successives, l'acquéreur qui veut purger est-il obligé non seulement de faire transcrire son propre contrat, mais encore celui des précédents acquéreurs qui n'auraient pas purgé.

Une première opinion qui était très en vogue avant la loi de 1855 reposait sur la distinction suivante : Ou le titre que l'on devait faire transcrire pour opérer la purge contenait les noms des précédents propriétaires rappelant l'origine de la propriété, dans ce cas on estimait que la transcription d'un seul contrat du dernier suffisait; ou le titre au contraire ne rappelait pas l'origine de la propriété alors tous les contrats précédents devaient être transcrits. Car, disait-on, la transcription ne peut être un avertissement pour les créanciers qu'autant qu'ils retrouveront dans l'acte transcrit le nom de leur débiteur. Cette doctrine se plaçait bien entendu sous le système des art. 834 et 835 du Code de procédure civile, c'est-à-dire alors que les créanciers pourraient prendre inscription quinze jours après la transcription.

Elle était suivie par Grenier, Merlin et Troplong (1), dans son *Traité des hypothèques* déclare s'y rattacher : «Car, dit-il, dans l'obscurité de la loi il faut chercher à concilier les intérêts de la publicité avec le besoin d'é-

(1) Troplong, *Traité des hypothèques*, tome IV, page 107, *in fine*.

conomiser les frais et les peines de celui qui veut purger son immeuble. »

Une seconde opinion, celle de la Cour de cassation, nous dit que la transcription de l'acte de vente suffit sans qu'il y ait lieu d'examiner si cet acte rappelle ou non les origines de la propriété. Cette doctrine est très bien exposée dans un arrêt de la chambre des requêtes du 13 décembre 1843 (1). Cet arrêt se fonde sur les motifs suivants : « L'art. 2181 n'impose à celui qui veut purger un immeuble que l'obligation de transcrire le contrat qui l'a rendu propriétaire ; le sens de cet article est manifeste et expliqué clairement par les numéros 1 et 2 de l'art. 2183 qui ne parlent que de la transcription d'un seul acte de mutation.

Imposer au dernier propriétaire, qui veut purger son immeuble, l'obligation de transcrire tous les contrats non transcrits des précédents propriétaires, ce serait exiger une formalité très onéreuse et dans plusieurs cas impossible à exécuter. Enfin il est certain, d'après l'art. 2182, que ce n'est pas la transcription qui purge un immeuble, que dans le système actuel cette formalité n'a principalement pour objet que d'arrêter le cours des inscriptions, sauf le délai de quinzaine : l'opération de purger consiste essentiellement, suivant l'art. 2183, dans les notifications qu'il prescrit aux créanciers au

(1) Dalloz, *Répertoire*, tome XXXVII ; *Privilèges et hypothèques*, page 665, note 1.

domicile élu dans leurs inscriptions. Il ressort bien de cet article que celui qui veut affranchir son immeuble des charges dont il est grevé est nécessairement tenu de signifier son contrat à tous les créanciers inscrits, non seulement sur son vendeur immédiat, mais sur tous les précédents propriétaires ; par une conséquence nécessaire, il est tenu sous sa responsabilité, de rechercher ces créanciers et de donner au conservateur les renseignements propres à les lui indiquer ; mais pour parvenir à ce résultat il a le choix des moyens puisque la loi ne lui en désigne aucun ; donc s'il juge à propos de faire transcrire des contrats antérieurs aux siens il en a la faculté, mais rien ne lui en impose l'obligation. »

Sous l'empire du Code civil, qui considérait que la vente seule transférait la propriété aux tiers, et arrêta le cours des inscriptions, cette solution nous paraît incontestable mais il n'en est plus de même lorsque l'on étudie les art. 834 et 835 du Code de procédure civile ; on voit en effet qu'ils ont été insérés dans le Code de procédure dans un but essentiellement fiscal, donc à ce point de vue on doit admettre que les rédacteurs de ce Code voulaient la transcription de tous les contrats, et comme en second lieu ils étaient faits pour améliorer la situation des tiers, ces tiers devaient être prévenus des mutations de propriété par la transcription.

La loi du 23 mars 1855 sur la transcription a-t-elle

confirmé cette dernière opinion ? Lors de la discussion (1) de la loi, la question qui nous occupe fut soulevée devant le Corps législatif ; M. Duclos avait demandé au rapporteur de vouloir bien s'expliquer sur ce point controversé de savoir, si la transcription du dernier contrat de vente suffirait pour opérer la purge au profit de l'acquéreur relativement aux précédents propriétaires, dont les noms seraient mentionnés dans le contrat. M. Alphonse de Belleyrne, rapporteur, répondit que la question posée par M. Duclos, et qui partageait les cours souveraines, était une question de jurisprudence et de réforme hypothécaire, que la loi actuelle n'avait pas pour effet de la résoudre. Mais un autre membre de la commission, M. Allart, déclara que la question lui paraissait résolue par la loi nouvelle, qui disait clairement que la transcription opère purge à l'égard de tous ceux qui n'ont pas fait inscrire antérieurement leurs droits. On ne répliqua pas à M. Allart.

Conformément à cette solution, donnée il est vrai par un seul membre de la commission, des auteurs ont pensé que la théorie de la Cour de cassation devait subsister tout entière sous la nouvelle législation, voici leur raisonnement : Lorsque l'on examine les motifs de la loi de 1855, on voit clairement qu'elle a

(1) MM. Rivière et François, à la suite de leur explication de la loi de 1855 sur la transcription, ont donné en entier l'exposé des motifs et la discussion de cette loi.

voulu revenir aux principes posés dans la loi de brumaire an VII, c'est donc dans les dispositions de cette loi qu'il faut chercher la solution demandée. L'art. 44 s'exprime ainsi : « Les possesseurs d'immeubles qui n'auraient pas encore accompli toutes les formalités prescrites par les lois et usages antérieurs pour consolider leurs propriétés, et en purger les charges et hypothèques, y suppléeront par la transcription de l'acte de mutation. » De quel acte de mutation veut-on parler ? Evidemment de celui du nouveau possesseur. L'art. 47 ajoute : « Si la transcription des mutations mentionnées aux art. 44 et 46 n'est faite qu'après l'expiration des trois mois qui suivront la publication de la présente, l'immeuble qui en est l'objet demeure grevé des charges et des hypothèques consenties par les précédents propriétaires avant leur expropriation, et qui seraient inscrites avant cette transcription. » Ces expressions « avant cette transcription » ne peuvent laisser aucun doute.

Malgré ces arguments qui ont une grande force, nous préférons nous rattacher à la doctrine qui exige la transcription de tous les contrats : nous avons montré plus haut que c'était la doctrine que les rédacteurs du Code de procédure avaient entendu que l'on suivit ; il ne nous reste donc plus qu'à examiner si la loi de 1855 a modifié cet ordre de choses, en étudiant les textes de cette loi on peut se convaincre du contraire, en effet, l'art. 6 de la loi nous dit qu'« à partir de la

transcription, les créanciers privilégiés ou ayant hypothèque, aux termes des art. 2123, 2127 et 2128 du Code civil, ne peuvent prendre utilement inscription sur le précédent propriétaire. » Si la loi eut voulu que la transcription arrêtât le cours des inscriptions, elle aurait mis dans son article le pluriel au lieu du singulier ; la loi ne s'est pas exprimée ainsi car son but est avant tout de protéger les tiers par la publicité des mutations de propriété, et ceux-ci ne seraient pas suffisamment protégés par la copie du dernier contrat, car chez nous les registres du conservateur des hypothèques ne contiennent que les noms des propriétaires qui ont fait transcrire leurs titres, donc si un propriétaire intermédiaire n'avait pas rempli cette formalité, son auteur pourrait encore consentir des hypothèques et la transcription du dernier contrat, faite par le tiers détenteur, serait insuffisante pour protéger les tiers. Il faut donc dans ce cas admettre que l'acheteur qui a transcrit seul son titre ne purge pas son immeuble des hypothèques non inscrites nées du chef des précédents propriétaires dont la propriété a été aliénée par acte entre vifs non suivi de transcription ; sa purge alors aura un effet non pas absolu mais seulement relatif. Nous verrons, en effet, plus tard qu'il se peut que la purge ne puisse pas être opposée aux créanciers qui n'ont pas été prévenus, par exemple, qui n'ont pas reçu de notifications.

Nous terminerons en disant que depuis la loi de

1855 qui décide que tous les contrats doivent être transcrits pour être opposables aux tiers, la question que nous venons d'examiner ne sera pratiquement de nature à se présenter que pour les aliénations consenties avant cette époque, où la transcription de l'acte de vente était pour le propriétaire une simple mesure de prudence et n'était pas comme aujourd'hui une véritable nécessité.

SECTION II

DES NOTIFICATIONS

« Si le nouveau propriétaire, nous dit l'art. 2183, veut se garantir de l'effet des poursuites autorisées dans le chapitre vi du présent titre, il est tenu, soit avant les poursuites, soit dans le mois, au plus tard, à compter de la première sommation qui lui est faite, de notifier aux créanciers, au domicile par eux élu dans leurs inscriptions.

1° Extrait de son titre contenant seulement la date et la qualité de l'acte, le nom et la désignation précise du vendeur ou du donateur, la nature et la situation de la chose vendue ou donnée ; et il s'agit d'un corps de biens, la dénomination générale seulement du domaine et des arrondissements dans lesquels il est situé, le prix et les charges faisant partie du prix de la vente, ou l'évaluation de la chose si elle a été donnée :

2° Extrait de la transcription de l'acte de vente ;

3° Un tableau sur trois colonnes, dont la première contiendra la date des hypothèques et celle des inscriptions ; la seconde, le nom des créanciers ; la troisième, le montant des créances inscrites. » Les notifications, on le voit, ont pour but de faire connaître aux créanciers hypothécaires le montant des créances qui grèvent l'immeuble, et par là même à leur indiquer s'ils auront ou non intérêt à surenchérir.

Nous diviserons cette étude de l'art. 2183 en trois paragraphes. Dans un premier, nous examinerons dans quelles conditions les notifications doivent se produire ; dans un second quel est le contenu des notifications, et enfin dans un troisième quelle est la sanction des prescriptions de la loi en notre matière.

§ 1^{er}. *Dans quelles conditions les notifications doivent se produire ?*

Dès que le tiers détenteur a fait transcrire son titre d'acquisition, il peut notifier son contrat à tous les créanciers inscrits ; et tant que les créanciers n'ont pas fait de sommation, il peut agir, mais dès que cette sommation a été faite il n'en est plus de même, et le tiers détenteur n'a plus qu'un mois pour faire aux créanciers les notifications. Quelle est cette sommation dont parle l'art. 2183 ? Ce doit être assurément la même sommation que celle dont il est question dans

l'art. 2169, c'est-à-dire la sommation de payer ou de délaisser; on ne comprendrait pas en effet que les créanciers hypothécaires inscrits fassent à l'acquéreur une sommation de purger.

Puisque nous admettons que la sommation de l'article 2183 et celle de l'art. 2169 sont identiques, doit-on en conclure que les délais mentionnés dans ces deux articles soient les mêmes? L'art. 2169 mentionne un délai de trente jours, tandis que l'art. 2183 donne un délai d'un mois. Grenier (t. II, § 341) ne veut pas confondre ces deux délais; la loi, dit-il, s'est servie de termes différents dans nos deux articles, elle a donc voulu créer deux délais différents, on ne peut pas ne pas tenir compte des termes du Code. D'ailleurs, ces deux textes se concilient très facilement quand on veut bien remarquer que le délai dont parle l'art. 2169 s'applique exclusivement au commandement qui est fait au débiteur originaire, tandis que l'art. 2183 s'applique seulement à la sommation faite par les créanciers au tiers détenteur. Cette manière de voir est aujourd'hui universellement repoussée, car le délai de trente jours s'applique dans l'art. 2169 aussi bien à la sommation qu'au commandement. On remarque ensuite qu'à l'époque où le Code civil a été publié le calendrier républicain (1) était encore en vigueur, et on sait que

(1) Le Code civil fut promulgué le 30 ventôse an XII (1804); tandis que le calendrier grégorien ne fut substitué au calendrier républicain que le 22 fructidor an XIII (1805).

dans ce calendrier tous les mois avaient uniformément trente jours sauf les jours complémentaires ajoutés à la fin de chaque année pour rétablir l'équilibre.

Comment calculer le mois de l'art. 2183 ou les 30 jours de l'art. 2169; le *dies a quo* et le *dies ad quem* doivent-ils être compris dans ce délai? Pour le *dies a quo*, pas de doute; les termes mêmes de l'article 2169 résolvent la question en disant que « faute par le tiers détenteur de satisfaire pleinement à l'une de ces obligations (purger, payer ou délaisser), chaque créancier hypothécaire a le droit de faire vendre sur lui l'immeuble hypothéqué 30 jours *après* commandement fait au débiteur originaire, et sommation au tiers détenteur de payer la dette exigible ou de délaisser l'héritage. » — Quant au *dies ad quem*, la question est plus difficile à résoudre; en effet, l'art. 1033 (loi du 3 mai 1862) du Code de procédure civile, nous dit que : « Le jour de la signification et celui de l'échéance ne sont point comptés dans le délai général fixé pour les ajournements, les citations, sommations et autres actes faits à personne ou domicile. » Cet article, à notre avis, nous paraît résoudre la question, car sa règle est formelle et générale, et postérieure au Code civil, elle a dû le modifier. Cependant des auteurs ont prétendu qu'il ne fallait pas comprendre dans le délai le *dies ad quem* à cause des expressions mêmes de l'art. 2183 du Code civil : « Le nouveau propriétaire, nous dit-il, est tenu, soit avant les poursuites,

soit *dans le mois* au plus tard, à compter de la première sommation qui lui est faite, de notifier aux créanciers au domicile par eux élu dans leurs inscriptions, etc. » Ces mots « dans le mois » ne permettent pas que le jour de l'échéance soit retranché du délai.

Ce délai d'un mois de l'art. 2183 est-il un délai de rigueur? Oui, en ce sens que les créanciers, à partir de ce moment, peuvent poursuivre le tiers détenteur. Mais ce dernier pourra-t-il encore offrir de purger? Des auteurs (1) le prétendent et admettent que tant que les poursuites de saisie immobilière ne sont pas commencées, le créancier n'a aucun droit acquis; donc l'acquéreur pourra valablement faire les notifications. Nous ne pouvons admettre cette doctrine, et nous rangeant à l'avis de la Cour de cassation et de Troplong (2), nous répondrons avec ce dernier « que la sommation de délaisser devant toujours être accompagnée d'un commandement au débiteur, et contenant elle-même une demande précise de quitter l'immeuble, est le principe d'une action désormais liée, et contre laquelle la seule exception possible, est le purgement en temps utile. »

La sommation faite par l'un des créanciers fait courir le délai pour tous les autres; cela ressort de ces mots de l'art. 2183 « à compter de la première somma-

❧(1) Dalloz, *Répertoire*, t. XXXVII, *Privilèges et hypothèques*, p. 669.

(2) Troplong, *Privilèges et hypothèques*, t. IV, p. 112 et suiv.

tion, » et quand bien même ce créancier se désisterait ou garderait le silence, les autres pourraient, sans être obligés de faire une nouvelle sommation, poursuivre la vente de l'immeuble hypothéqué. si, bien entendu, le tiers détenteur n'a pas fait les notifications de l'article 2183 dans le mois.

L'art. 832 du Code de procédure civile nous dit que les notifications à fin de purge doivent être faites par un huissier commis à cet effet par le président du tribunal; on a voulu ainsi être sûr que les copies seraient bien remises aux créanciers inscrits; elles doivent en outre contenir constitution d'avoué près du tribunal où la surenchère doit être portée, on réussira par ce moyen à gagner du temps. Toutes les formalités prescrites par l'art. 832 sont édictées à peine de nullité (art. 838).

Quelles sont les personnes qui ont la capacité de faire des notifications? C'est l'art. 2184 qui fait naître cette question; ce texte veut, en effet, que dans les notifications l'acquéreur s'engage à acquitter, sur-le-champ, les dettes et charges hypothécaires jusqu'à concurrence de son prix. Si c'est un mineur, il est bien certain qu'il lui faudra toujours l'assistance de son tuteur; mais ne lui faudra-t-il pas plus, et ne devons-nous pas exiger l'autorisation du conseil de famille. Cela ne paraît pas nécessaire quand il s'agit d'immeubles achetés; car dans ce cas le tuteur ne proposera toujours aux créanciers que le montant de son

prix d'acquisition; mais la question s'élève quand il s'agit d'immeubles donnés; là encore nous pensons que les pouvoirs du tuteur suffiront, et qu'il ne sera pas besoin d'assembler le conseil de famille; en effet, d'après l'art. 463, le conseil de famille a dû autoriser l'acceptation de cette donation; il a dû alors examiner quelles étaient les charges dont le mineur serait tenu, et ce à quoi il l'engageait; dans ces conditions, faire la purge rentre dans les actes d'administration qu'il est permis à tout tuteur de faire.

Si c'est une femme mariée sous le régime de la communauté, elle ne peut faire des notifications qu'avec l'autorisation de son mari. Mais quelle sera notre solution sous le régime dotal; ce sera la même que sous le régime de la communauté; car la dot n'est pas inaliénable, ce sont seulement les immeubles compris dans la dot; si l'on adopte avec Grenier (1) et la jurisprudence le système qui déclare la dot mobilière inaliénable; on doit dire que la femme, même autorisée de son mari, ne pourra purger.

Les notifications doivent être faites aux créanciers inscrits. Nous avons examiné à propos de la transcription jusqu'à quelle époque on peut inscrire son hypothèque, nous n'avons donc plus à nous y arrêter; nous ajouterons que les notifications sont faites aux domiciles élus par les créanciers dans leurs inscriptions. Si

(1) Grenier, *Traité des hypothèques*, t. I, p. 58.

quelques créanciers n'ont pas dans leurs inscriptions élu de domicile, l'acquéreur peut se dispenser de leur faire des notifications, mais ces créanciers n'auront pas par le fait de leur négligence perdu leurs droits et ils pourront, s'ils ont connaissance de la procédure de purge, surenchérir et intervenir à l'ordre, cette solution est semblable à celle qui nous est indiquée dans l'art. 2198 qui déclare le conservateur responsable d'avoir omis dans les certificats qu'il délivre au tiers détenteur des hypothèques inscrites sur l'immeuble, sauf le droit du créancier omis de se faire colloquer suivant l'ordre qui lui appartient tant que le prix n'a pas été payé par l'acquéreur ou tant que l'ordre fait entre les créanciers n'a pas été homologué.

§ 2. *Contenu des notifications.*

Passons en revue ce que doivent contenir les notifications. Elles doivent contenir (art, 2183) :

1° « Un extrait du titre d'acquisition du nouveau propriétaire contenant seulement la date et la qualité de l'acte, le nom et la désignation précise du vendeur ou du donateur, la nature et la situation de la chose vendue ou donnée ; et s'il s'agit d'un corps de biens la dénomination seulement du domaine et des arrondissements dans lesquels il est situé, le prix et les charges

faisant partie du prix de la vente ou l'évaluation de la chose si elle a été donnée.»

L'art. 30 de la loi de brumaire an VII, dans son 1^o voulait que l'acquéreur notifiât dans le mois de la transcription de l'acte de mutation son contrat d'acquisition; le Code civil moins exigeant se contente de l'extrait du titre d'acquisition, on a voulu par là éviter les frais élevés d'une copie textuelle du contrat; et les créanciers qui pourront avoir besoin de recourir à l'acte lui-même le feront sans difficulté grâce aux indications contenues dans les notifications.

Notre art. 2183-1^o, nous parle des charges faisant partie du prix de la vente. Que faut-il entendre par là ? « Ce sont, nous disent MM. Aubry et Rau (1), toutes les sommes et prestations que pour devenir propriétaire de l'immeuble l'acquéreur s'est obligé de payer ou de fournir en sus du prix proprement dit, soit au vendeur lui-même, soit à ses créanciers à sa décharge, soit à des tiers qu'il en a gratifiés et dont le payement et l'accomplissement doit tourner ainsi directement ou indirectement au profit de ce dernier. »

D'après cette définition que nous croyons exacte les charges ne sont en réalité qu'un prix accessoire; elles devront donc être mentionnées dans les notifications; ce seront les pots-de-vin, les frais de purge, l'engagement de payer les contributions échues, les

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 515.

rentes à servir, etc. Au contraire, nous ne considérons pas comme charges du prix les frais de contrat, d'enregistrement, les intérêts du prix, et enfin les impôts et les primes d'assurances qui sont encore à échoir et qu'il devra payer après son entrée en jouissance.

Les notifications contiendront nous dit toujours le 1° de l'art. 2183 le prix en cas de vente et l'évaluation en cas de donation, mais il passe sous silence l'échange; nous admettrons que l'échangiste devra faire l'estimation de l'immeuble qu'il aura acquis par échange, cette solution nous est d'ailleurs commandée par le second alinéa de l'art. 836 du Code de procédure civile. Voici en effet comment s'exprime cet article : « Pour parvenir à la revente sur enchère prévue par l'art. 2187 du Code civil, le poursuivant fera imprimer des placards qui contiendront.... 2° le prix énoncé dans l'acte s'il s'agit d'une vente, ou l'évaluation donnée aux immeubles dans la notification aux créanciers inscrits s'il s'agit d'un échange ou d'une donation. »

Il peut se faire qu'une vente se compose de prix et de charges; par exemple une personne vend un immeuble moyennant un certain prix et stipule en outre que l'acquéreur lui fournira pendant toute sa vie une rente viagère: dans cette hypothèse, en plus de la déclaration du prix devra-t-on faire l'évaluation de cette charge? La question est vivement controversée; voici

sur laquelle espèce elle s'est présentée. Un immeuble avait été acquis moyennant une somme de 1,000 francs et le service d'une rente viagère de 200 francs dont cet immeuble était grevé; l'acquéreur, voulant purger les hypothèques notifia son contrat avec déclaration qu'il était prêt à acquitter les dettes et charges sans distinction entre les exigibles et les non exigibles et jusqu'à concurrence de la somme de 1,000 francs formant son prix d'acquisition. Le créancier auquel la notification avait été faite laissa écouler les délais de surenchère, et plus tard il vint prétendre que les notifications étaient nulles parce qu'elles ne contenaient pas avec la déclaration du prix l'évaluation de la rente de 200 francs qui formait une charge du prix. Sa prétention ne fut pas admise par la Cour d'Amiens, parce que disait-elle : « aucune loi n'oblige l'acquéreur notifiant d'offrir un capital représentatif de la rente dont il s'est chargé en achetant, et qu'exiger de l'acquéreur la représentation d'un capital pour la rente viagère qu'il a servie, ce serait lui imposer une obligation qu'il n'a pas contractée. » La Cour de cassation par un arrêt de la chambre des requêtes du 11 mars 1829 (1), confirma cette jurisprudence en rejetant le pourvoi dirigé contre cet arrêt, parce que dans l'espèce prévue « la notification énonçait le prix et les charges imposées à l'acquéreur. » Cette théorie a été suivie

(1) Dalloz, 1829, I, p. 174.

d'une façon constante par la jurisprudence. M. Paul Pont (1) dans son *Traité des hypothèques*, déclare s'y rattacher car, suivant lui, exiger une évaluation c'es ajouter à la loi.

Nous croyons au contraire avec la majorité des auteurs que l'estimation est nécessaire. Si l'art. 2183 n'oblige pas l'acquéreur à évaluer en argent les prestations en nature ou la rente viagère qui constituent une portion du prix d'acquisition, l'art. 2184 veut qu'il offre d'acquitter sur-le-champs les dettes et charges hypothécaires jusqu'à concurrence de son prix sans distinction des dettes exigibles ou non exigibles, c'est-à-dire une somme d'argent représentant la valeur des charges hypothécaires qui lui sont imposées; or si cette évaluation n'était pas faite, comment les créanciers hypothécaires pourraient-ils exercer leurs droits et surenchérir. De plus, l'art. 837 du Code de procédure civile dans son dernier alinéa nous dit : « Le prix porté dans l'acte ou la valeur déclarée et le montant de la surenchère tiendront lieu d'enchère. » Il est certain que l'enchère doit être une somme fixe déterminée par le prix ou la valeur déclarée, c'est indispensable au créancier pour surenchérir du dixième : admettre que dans les notifications on n'évalue pas les charges, cela nous paraît contraire à l'esprit de la loi (art. 2187).

Les notifications doivent contenir :

(1) Pont, *Privilèges et hypothèques*, t. II, p. 575.

« 2° Un extrait de la transcription de l'acte de vente. »
Le tiers détenteur doit prouver aux créanciers qu'il a accompli la formalité regardée par l'art. 2181 comme le préliminaire indispensable de la purge. Nous avons parlé longuement de la transcription dans la précédente section; il ne nous reste plus ici qu'à remarquer que les expressions « extrait de la transcription de l'acte de vente, » doivent être remplacées par ces expressions plus larges « extrait de la transcription de l'acte d'aliénation. »

Depuis la loi du 23 mars 1855, l'acquéreur doit transcrire son titre non seulement pour pouvoir purger mais encore pour pouvoir opposer son titre d'acquisition aux tiers. Il n'est pas nécessaire de notifier un extrait de la transcription de l'acte de vente, cette formalité en effet serait superflue, car l'acquéreur a dû déjà notifier aux créanciers l'extrait de son titre, mais il devra demander un certificat prouvant que la transcription a eu lieu. Cette solution ressort d'ailleurs de l'article 30 de la loi de brumaire an VII, qui voulait : 1° la transcription du contrat d'acquisition; 2° le certificat de la transcription; nous ferons remarquer que c'est bien là la pensée des rédacteurs du Code civil, car nous voyons dans l'art. 2181 *in fine* que le conservateur sera tenu de donner reconnaissance au requérant de la transcription.

Les notifications contiennent enfin :

« 3° Un tableau sur trois colonnes, dont la première

contiendra la date des hypothèques et celle des inscriptions; la seconde, le nom des créanciers; la troisième, le montant des créances inscrites. » L'utilité de ces indications se comprend facilement; elles servent à montrer aux créanciers hypothécaires dans quel ordre ils viendront sur le prix, s'il leur faudra, pour sauver tout ou partie de leur créance, surenchérir, si l'immeuble a été vendu moyennant un prix sérieux, ou estimé à sa véritable valeur en comparant le montant des créances inscrites au prix offert. Nous ferons remarquer que les rédacteurs du Code civil se sont montrés ici plus exigeants que la loi de brumaire, en effet, cette dernière voulait simplement que l'acquéreur notifiât l'état des charges et hypothèques dont sa propriété était grevée (art. 30-3°).

§ 3. *Sanction des prescriptions de la loi.*

Il nous faut examiner maintenant quelle peut être la sanction des prescriptions de l'art. 2183. Devrons-nous, par analogie des art. 832 et 838 (1) du Code de procédure civile, déclarer que dans tous les cas l'inobservation des formalités imposées par l'art. 2183 rendra nul-

(1) Ces articles déclarent nulles les notifications qui n'auraient pas été faites par un huissier commis par le président du tribunal, etc. Nous en donnons l'analyse dans le chapitre qui traite de la surenchère.

les les notifications. Cette doctrine de la nullité pourrait trouver son point d'appui dans l'art. 2183 lui-même, qui nous dit que le nouveau propriétaire ne sera à l'abri des poursuites qu'en accomplissant certaines formalités qu'il indique soigneusement. Nous ne pensons pas que ces raisons soient suffisantes pour faire annuler les notifications dans tous les cas. Il est de principe, en effet, que les nullités ne se suppléent pas, et nous croyons qu'il faut dire avec Troplong, qu'il y aurait rigueur excessive à annuler une notification pour des irrégularités qui ne toucheraient pas à la substance même de l'acte et qui ne porteraient aucun préjudice aux créanciers. Ce sera donc aux juges à apprécier si l'irrégularité était assez grave pour ne pas fournir les renseignements nécessaires aux créanciers hypothécaires, ou si malgré cette irrégularité, les créanciers ont été suffisamment prévenus. Dans le premier cas seulement il y aurait lieu de prononcer la nullité.

Il y aurait, par exemple, nullité des notifications si celles-ci ne contenaient pas mention du prix. Mais que devons-nous décider dans le cas où le prix est énoncé d'une façon inexacte, par exemple, si le prix déclaré dans la notification est inférieur à celui stipulé dans le contrat. La Cour de Turin, par un arrêt du 2 mars 1811 (1); a décidé que la notification est nulle « car il est sensible, dit-elle, que désigner faussement une

(1) Dalloz, *Répertoire*, t. XXXVII, *Privilèges et hypothèques*, p. 678.

chose ou ne pas la désigner du tout, doit nécessairement opérer le même effet, et, quoique la peine de nullité ne soit pas exprimée par l'art. 2183 du Code civil, néanmoins, toute notification qui ne contient pas explicitement ou implicitement tous les renseignements exprimés par la loi, ne saurait avoir l'efficacité nécessaire pour mettre légitimement en demeure les créanciers auxquels elle est faite, et faire courir à leur préjudice le délai fixé en l'art. 2185. »

Nous n'admettrons donc pas la solution de la Cour de Paris, du 23 mars 1850 (1), qui décide que la notification d'un contrat de vente n'est pas nulle, par exemple, pour dissimulation du véritable prix, sous prétexte que les créanciers inscrits pourront toujours, au moyen de la surenchère, éviter le préjudice que cette dissimulation aurait pu leur faire subir.

Nous n'admettrons pas non plus la doctrine de Delvincourt et Troplong (2), qui distinguent si le prix porté dans les notifications est supérieur ou inférieur au prix véritable. Si, disent-ils, le prix est plus fort que celui stipulé dans le contrat, on forcera le tiers acquéreur, s'il n'y a pas de surenchère à verser aux créanciers la totalité de la somme portée dans les notifications, ceux-ci, en effet, ne sont pas en faute, de n'avoir pas surenchéri, car le prix leur paraissait suffi-

(1) Dalloz, 1850, II, p. 166.

(2) Troplong, *Privilèges et hypothèques*, t. IV, § 924, p. 125; Delvincourt, t. III, p. 167 (note 4, p. 594).

sant. Si le prix, au contraire, est inférieur au prix porté dans le contrat et s'il n'y a pas de surenchère, l'acquéreur sera quitte pour verser le prix réel; car, disent ces auteurs, si les créanciers n'ont pas surenchéri dans ce second cas, c'est qu'ils trouvaient le prix suffisant, et ils auraient encore, certainement bien moins surenchéri s'ils avaient connu le prix réel. S'il y a surenchère et que le prix ait été porté au delà de la valeur fixée dans le contrat, les créanciers n'auront pas non plus à se plaindre, car c'est peut-être la modicité du prix qui a déterminé la surenchère; si, au contraire, la surenchère était faite et que l'immeuble n'ait pas atteint le prix porté dans le contrat, le tiers acquéreur sera tenu de rendre la différence. A cette doctrine, nous répondrons avec MM. Aubry et Rau (1) : « que la dissimulation du prix aura presque toujours pour résultat, de forcer les créanciers à recourir au remède extrême, périlleux et coûteux, de la surenchère dont, à leur grand profit, ils auraient pu s'abstenir, s'ils avaient été informés du véritable état de choses, et qu'aussi cette dissimulation vicie dans son essence la notification dont l'objet est précisément de les mettre en situation d'exercer en pleine connaissance de cause l'option qui leur appartient. » La solution donnée par la Cour de Turin et qui est adoptée d'ailleurs par un grand nombre d'auteurs (Grenier, Persil, Aubry

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 516, note 26.

et Rau, Laurent, etc.), nous paraît fondée, car, le plus souvent, le nouveau propriétaire, en dissimulant une partie de son prix, a cherché à frauder les créanciers hypothécaires et à leur enlever une partie de leur gage ou à forcer peut-être un créancier hypothécaire à surenchérir et à acquérir un immeuble qu'il n'aurait pas acheté si le tiers acquéreur avait déclaré dans les notifications le prix véritable.

Nous reconnaissons donc que dans certains cas il peut y avoir nullité des notifications, parce que celui qui veut purger n'a pas obéi aux prescriptions de l'article 2183, pour le montrer, nous avons analysé en détail l'hypothèse de la dissimulation du prix, nous voulons maintenant faire remarquer que cette nullité est purement relative, c'est-à-dire qu'elle ne pourra être invoquée que par ceux qui auront reçu des notifications irrégulièrement faites, et qu'elle pourra être couverte par la renonciation de celui qui aurait le droit de l'opposer.

Jusqu'à quelle époque les créanciers auront le droit de faire valoir la nullité de la notification ? Nous pensons avec la Cour de Bordeaux (arrêt du 8 mars 1844) qu'un créancier peut faire prononcer la nullité de la notification même après avoir requis la surenchère. Cette solution aurait surtout son importance et son utilité dans le cas où la surenchère elle-même serait entachée de nullité.

L'effet de l'annulation des notifications peut différer

suivant l'époque où l'on se trouvera. Si le tiers détenteur est encore dans le délai légal fixé par l'art. 2183, il en sera quitte pour faire de nouvelles notifications ; si au contraire ce délai était expiré, le tiers acquéreur ne pourrait plus purger, et les créanciers pourraient le sommer de payer ou de délaisser en vertu de l'article 2167 du Code civil.

SECTION III

DE L'ENGAGEMENT PRIS PAR L'ACQUÉREUR DE PAYER TOUTES LES
DETTES ET CHARGES HYPOTHÉCAIRES JUSQU'À CONCURRENCE DE
SON PRIX.

« L'acquéreur ou le donataire, nous dit l'art. 2184, déclarera par le même acte, qu'il est prêt à acquitter sur-le-champ, les dettes et charges hypothécaires jusqu'à concurrence seulement du prix sans distinction des dettes exigibles ou non exigibles. » La loi de brumaire, dans son art. 30 3°, voulait que l'acquéreur déclarât qu'il était prêt à acquitter sur-le-champ les dettes échues et les dettes à échoir dans les mêmes termes et de la même manière qu'elles avaient été constituées, le tout jusqu'à concurrence seulement du prix stipulé dans l'acte.

Quel est le meilleur des systèmes suivis, celui de la loi de brumaire ou celui du Code civil ? Le système de

la loi de brumaire est plus équitable, et voilà à ce sujet comment s'exprime M. Hua (1). « On ne conçoit pas comment une aliénation étrangère au créancier peut changer ou modifier le traité fait avec lui, en altérer les effets et le mode d'exécution. Autant il serait injuste que le débiteur eut la faculté de préjudicier à la sûreté promise au créancier, autant il le deviendrait d'autoriser celui-ci à exiger, sous prétexte d'un fait qui lui est étranger, son remboursement avant le terme convenu. Il en résulterait pour le propriétaire une perte effective puisqu'il ne se procurerait point un prix aussi avantageux, lorsqu'il devra être payé sur-le-champ, que s'il accordait des facilités à l'acquéreur. Le changement de propriétaire n'affaiblit point l'étendue de l'action hypothécaire. Tout resterait, à l'égard du créancier dans le même état; le propriétaire seul se trouverait lésé (2). »

(1) *Notions élémentaires sur le régime hypothécaire*, p. 115.

(2) La loi belge du 16 décembre 1851, est revenue au principe de la loi de brumaire. Voici comment s'exprime l'article 113 de cette loi : « Le nouveau propriétaire déclarera par le même acte qu'il acquittera les dettes et charges hypothécaires jusqu'à concurrence du prix ou de la valeur déclarée, sans déduction aucune au profit du vendeur ou de tout autre. Sauf disposition contraire dans les titres de créance, il jouira des termes et délais accordés au débiteur originaire et il observera ceux stipulés contre ce dernier. Les créances non échues qui ne viennent que pour partie en ordre utile, seront immédiatement exigibles, vis-à-vis du nouveau propriétaire jusqu'à concurrence, et pour le tout à l'égard du débiteur. »

Le système de la loi de brumaire, qui était irréprochable au point de vue de l'équité, ne fut cependant pas admis par les rédacteurs du Code civil vu les difficultés qu'il faisait naître dans la pratique, c'est ce que fit très bien voir Tronchet(1) dans la discussion de la loi. « Par exemple, disait-il, s'il existait sur un immeuble trois créances hypothécaires, l'une de 15,000 francs, l'autre de 5,000 francs et l'autre de 10,000 francs, et que la deuxième ne fût pas exigible, le premier créancier était payé; le second s'opposait à ce que le troisième le fût, attendu que s'il permettait ce paiement, et que le bien vint à diminuer de valeur, il courait le hasard de ne plus trouver dans le gage une sûreté suffisante pour le recouvrement de sa créance. On a vu tel ordre qu'il a été impossible de terminer, parce qu'il se composait de beaucoup de créances exigibles ou non exigibles qui se trouvaient entremêlées. » Le système du Code civil déroge ici à la règle qui interdit de réclamer le paiement avant terme, mais cette dérogation n'a été introduite que dans le but de régler le plus rapidement possible la procédure de purge.

L'acquéreur doit déclarer qu'il est prêt à acquitter sur-le-champ les dettes et charges hypothécaires, c'est-à-dire qu'il renonce au bénéfice du terme stipulé en faveur du débiteur; cette déclaration a été considérée comme tellement nécessaire que la Cour de Metz, le

(1) Fenet, t. XV, p. 391, 392.

14 avril 1812(1), a jugé que l'acquéreur qui négligerait de la faire, demeurerait obligé à toutes les dettes et n'aurait plus la ressource que du délaissement. Nous nous permettons ici de mentionner les considérants de cet arrêt : « Attendu, dit-il, que l'art. 2184 est impératif et exige l'offre de payer sur-le-champ le prix d'acquisition sans distinction des dettes exigibles ou non exigibles ; attendu que cette déclaration n'est pas une vaine formule, mais une disposition substantielle et caractéristique pour valider des démarches tendant à dégager une propriété des hypothèques dont elle est grevée ; attendu qu'en matière de purgation d'hypothèque tout est de rigueur de même qu'en matière d'expropriation forcée, parce que, dans l'un comme dans l'autre cas, il s'agit de transmutation des droits inhérents à la propriété ou reposant sur elle ; attendu que la soumission de payer sur-le-champ le prix de l'acquisition prescrite par l'art. 2184, est au nombre des formalités essentielles ; infirme. » Mais avec la Cour de Turin (2 mars 1811) la majorité des auteurs admettent que la déclaration exigée par l'art. 2184 n'a pas besoin d'être expresse, et que si par exemple le tiers acquéreur, après avoir fait les notifications prescrites par l'art. 2183, ajoute qu'il se conforme à la disposition de la loi, cela signifie évidemment qu'il est prêt à acquitter sur-le-champ les dettes et charges

(1) Dalloz, *Répertoire*, t. XXXVII, *Privilèges et hypothèques* p. 691, § 2149.

hypothécaires jusqu'à concurrence de son prix ; car, s'il est utile de faire respecter la loi, il n'est pas bon de multiplier sans but les nullités.

L'engagement pris par l'acquéreur de payer les dettes jusqu'à concurrence de son prix s'entend évidemment du prix et des charges faisant partie du prix ; nous avons déterminé, en expliquant l'art. 2183, ce que l'on désigne par charges, il est donc inutile d'y revenir.

Une question très controversée se présente à nous à propos de l'art. 2184, c'est celle de savoir à quel moment les intérêts du prix de la vente de l'immeuble sont dus aux créanciers hypothécaires. Plusieurs systèmes ont été proposés, nous allons examiner les trois principaux.

Dans un premier système adopté par Troplong (1) l'acquéreur serait comptable envers les créanciers hypothécaires de tous les intérêts dus au vendeur depuis l'aliénation, car les créanciers seraient subrogés virtuellement au vendeur par l'effet même de cet offre. Ce système ne peut être admis puisqu'il repose sur une subrogation légale qui ne trouve pas sa place dans la loi.

Une seconde opinion (2) voudrait que l'acquéreur ne dut les intérêts de son prix aux créanciers hypothécai-

(1) Troplong, *Privilèges et hypothèques*, t. IV, p. 145.

(2) Paul Pont, *Privilèges et hypothèques*, t. II, p. 581.

res que du jour de l'acceptation expresse de l'offre par lui faite ou à défaut d'acceptation à partir de l'expiration du délai de quarante jours (sauf augmentation à raison des distances), accordé aux créanciers hypothécaires pour surenchérir, car ce n'est que du jour où le prix lui-même devient le gage des créanciers à la place de l'immeuble qu'ils ont droit à ce prix et par conséquent aux intérêts et ce jour est le jour de l'acceptation de l'offre. Dans cette manière de voir on ne tient pas compte de la rétroactivité de l'acceptation au jour de l'offre c'est-à-dire au jour des notifications.

Nous préférons le troisième système qui pose la distinction suivante : ou bien les notifications ont été précédées de la sommation de payer ou de délaisser alors en vertu de l'art. 2176 nous déciderons que les créanciers ayant droit aux fruits à partir de cette époque, les intérêts leurs seront dus à dater du jour de la sommation ; ou bien au contraire les notifications ont été volontaires, alors c'est à partir de ce jour que les créanciers auront droit aux intérêts car c'est dans les notifications que se trouve l'offre faite par le tiers détenteur ; de plus, ces notifications suppléent à la sommation et la rendent inutile et commencent au même titre la réalisation du gage hypothécaire. L'article 2184 montre très bien que l'acceptation doit rétroagir au jour de l'offre, car il impose à l'acquéreur la nécessité de déclarer qu'il est prêt à acquitter *sur-le-champ* les dettes et charges hypothécaires jusqu'à

concurrence de son prix. D'ailleurs la Cour de cassation par un arrêt du 9 août 1859 (4), nous fait très justement remarquer que jusqu'aux notifications le paiement fait au vendeur des intérêts qui courraient à son profit opère la libération de l'acquéreur vis-à-vis des créanciers, lesquels ne pourraient prétendre à ces intérêts que comme subrogés aux droits du vendeur pour le cas seulement où ils lui seraient encore dus.

Il nous reste une dernière question à examiner pour terminer cette section et ce chapitre, c'est celle de savoir quel est l'effet des offres? Une première hypothèse se pose à notre examen. Tant que les offres ne sont pas acceptées c'est-à-dire tant que le délai pour surenchérir n'est pas expiré, l'acquéreur peut-il retirer ses offres et délaisser l'immeuble? La question est discutée. Une opinion soutient que dès l'instant où les offres ne sont pas acceptées on ne peut les retirer cela, est conforme à l'art. 1261 qui, en matière de paiement, déclare « que tant que la consignation n'a point été acceptée par le créancier, le débiteur peut la retirer. » Telle est bien il est vrai la règle générale en matière de contrat mais le Code n'y a-t-il pas dérogé à propos de la purge? Nous le pensons, en effet, l'acquéreur pouvait délaisser, il préfère purger et offre son prix, il montre donc par là qu'il a renoncé au délaissement; son offre, de plus, est faite avec la faculté d'acceptation

(4) Dalloz, 1859, I, p. 346.

pour les créanciers dans un certain délai, le tiers acquéreur indique ainsi l'engagement qu'il prend de maintenir cette offre pendant ce délai. Cette solution a d'ailleurs son point d'appui dans l'art. 2183 qui donne aux créanciers le droit de surenchérir dans les quarante jours à partir des notifications; ces notifications contiennent donc implicitement, de la part de l'acquéreur, une offre qu'il ne peut retirer.

Lorsque les créanciers ont accepté l'offre du tiers détenteur, alors il est bien certain que ce dernier ne peut plus la retirer. Mais il peut se faire que les créanciers au lieu d'accepter les offres du nouveau propriétaire préfèrent mettre l'immeuble aux enchères : dans ce cas considérerons-nous le tiers acquéreur comme dégagé de sa pollicitation? Au premier abord on pourrait le croire, car surenchérir n'est-ce pas refuser l'offre faite par le tiers acquéreur; mais nous estimons avec la majorité des auteurs que l'offre est obligatoire, car dès que les créanciers ont répondu à l'acquéreur par la signification de surenchère la procédure se trouve liée et l'une des parties ne peut se désister sans le consentement de l'autre; cela ressort très bien de l'article 837 *in fine* du Code de procédure civile, qui au titre de la surenchère sur aliénation volontaire nous dit que : « l'acte d'aliénation sera déposé au greffe et tiendra lieu de minute d'enchère, que le prix porté dans l'acte ou la valeur déclarée et le montant de la surenchère tiendront lieu d'enchère. » On ne saurait rien

trouver de plus affirmatif et on ne pourrait admettre qu'à une réquisition le tiers acquéreur répondit qu'il retire ses offres et préfère délaisser.

CHAPITRE IV

DE LA SURENCHÈRE

Nous diviserons notre chapitre iv et dernier en quatre sections où nous étudierons successivement les points suivants :

1° Du droit des créanciers de requérir la mise aux enchères et des conditions auxquelles ce droit est soumis.

2° Il n'y a pas de surenchère.

3° Il y a surenchère.

4° Règles spéciales à la surenchère dans les hypothèses prévues par l'art. 2192.

SECTION PREMIÈRE

DU DROIT DES CRÉANCIERS DE REQUÉRIR LA MISE AUX ENCHÈRES ET DES CONDITIONS AUXQUELLES CE DROIT EST SOUMIS

L'art. 2185 nous indique quel est le droit des créanciers et à quelles conditions l'exercice de ce droit est soumis. « Lorsque, nous dit-il, le nouveau propriétaire a fait cette notification dans le délai fixé, tout créancier dont le titre est inscrit, peut requérir la mise de l'im

meuble aux enchères et adjudications publiques à la charge :

1° Que cette réquisition sera signifiée au nouveau propriétaire dans les quarante jours, au plus tard, de la notification faite à la requête de ce dernier, en y ajoutant deux jours par cinq myriamètres de distance entre le domicile élu et le domicile réel de chaque créancier requérant (la loi du 3 mai 1862 modifiant le délai en matière civile et commerciale a réduit les délais à un jour par cinq myriamètres ; art. 1033 Code de procédure).

2° Qu'elle contiendra soumission du requérant, de porter ou faire porter le prix à un dixième en sus de celui qui aura été stipulé dans le contrat, ou déclaré par le nouveau propriétaire ;

3° Que la même signification sera faite dans le même délai au précédent propriétaire débiteur principal ;

4° Que l'original et les copies de ces exploits seront signés par le créancier requérant, ou par son fondé de procuration expresse, lequel en ce cas, est tenu de donner copie de sa procuration ;

5° Qu'il offrira de donner caution jusqu'à concurrence du prix et des charges.

Le tout à peine de nullité. »

Nous avons mis en tête de cette section le texte de l'art. 2185 parce qu'il nous servira de plan pour les explications que nous allons donner. La première condition signalée par notre art. 2185 consiste en ce que,

pour pouvoir requérir la mise aux enchères il faut que le créancier hypothécaire ait son titre inscrit (1), mais il faut bien entendu que cette inscription soit valable, c'est-à-dire ne manque d'aucune des énonciations substantielles exigées pour la validité (art. 2148) et que le créancier hypothécaire ait bien eu soin de la faire renouveler conformément aux règles prescrites par l'art. 2154. L'inscription étant valable en la forme et et au fond le droit de surenchérir appartient non seulement au créancier hypothécaire, mais encore à son mandataire, au cessionnaire de la créance, au créancier subrogé à son hypothèque et même en vertu de l'article 1166 du Code civil à ses créanciers simplement chirographaires. Ce droit de surenchérir n'est aucunement limité et quand bien même le prix offert par le tiers acquéreur serait suffisant pour désintéresser les créanciers hypothécaires, ces derniers auraient toujours le droit de requérir la vente de l'immeuble.

Nous devons maintenant nous demander quelle capacité on doit avoir pour requérir la mise aux enchères. Le mineur non émancipé et l'interdit peuvent-ils re-

(1) Sous l'édit de 1771, tout créancier légitime d'un précédent propriétaire, pouvait pendant les deux mois d'exposition publique du contrat au greffe, qui précédaient la délivrance des lettres de ratifications, surenchérir du dixième le prix porté au contrat d'acquisition, ou du vingtième en cas de surenchère déjà formée par un autre créancier, en fournissant caution suffisante (art. 8 et 9).

quérir la mise aux enchères ? Non assurément, puisqu'ils ne peuvent pas s'obliger, mais le tuteur qui est chargé de surveiller leurs intérêts, le pourra-t-il ? Avec l'autorisation du conseil de famille, nous l'admettons, mais nous n'accorderons jamais que seul il puisse surenchérir, car la surenchère est plus qu'un acte conservatoire, et si d'un côté il tend à la conservation de la créance, il peut d'un autre côté aboutir à l'acquisition d'un immeuble pour le pupille, acquisition qui peut être préjudiciable à ce dernier, et nous ferons remarquer que l'exercice du droit de surenchère devant être considéré comme une action qui tient aux droits immobiliers du mineur, cette action rentre dans l'ordre de celles que le tuteur ne peut introduire sans l'assentiment du conseil de famille (art. 464). Cette solution s'appuie en effet sur l'art. 832 du Code de procédure qui nous dit que la réquisition de surenchère doit contenir avec l'offre et l'indication de la caution, assignation à trois jours francs devant le tribunal pour la réception de cette caution ; si la caution est rejetée, le créancier mineur se trouve déchu de son action de surenchère *quæ tendi ad immobili*. Pour le mineur émancipé il lui faudra l'assistance de son curateur (art. 482) et pour le prodigue celle de son conseil (article 513).

Demandons-nous maintenant sous quelles conditions une femme mariée peut surenchérir ? La femme mariée, même séparée de biens, a besoin pour suren

chérir de l'autorisation de son mari ou de justice, car la femme peut devenir propriétaire par cette surenchère. Or, pour acquérir non seulement à titre gratuit mais même à titre onéreux, cette dernière a besoin de l'autorisation maritale (art. 217). Remarquons que l'autorisation doit être spéciale, car l'art. 223 nous dit formellement que toute autorisation générale même stipulée par contrat de mariage n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme.

Dans tous ces cas le vice résultant du défaut d'autorisation est relatif, il n'y a donc que les incapables qui puissent s'en prévaloir, le tiers acquéreur n'aurait pas ce droit, il ne pourrait que demander au tribunal de faire prononcer la nullité de cette surenchère, mais tant que cette nullité n'aura pas été prononcée le vice originaire pourra être couvert par l'accomplissement des formalités omises; mais si l'adjudication sur surenchère avait eu lieu, alors le tiers acquéreur ne pourrait plus attaquer une telle adjudication, seul l'incapable conserverait ce droit.

Quel est le délai accordé aux créanciers hypothécaires pour surenchérir? Le délai fixé par la loi est de quarante jours (1), à partir du jour de la no-

(1) Nous ferons remarquer que le délai de quarante jours est en général le délai fixé par la loi pour les options : acceptation ou répudiation de succession (art. 795), acceptation ou répudiation de communauté (art. 1457).

tification faite par l'acquéreur aux termes de l'article 2183.

Sous l'édit de 1771 les créanciers pouvaient surenchérir pendant deux mois au moins, et même jusqu'à l'obtention des lettres de ratification par l'acquéreur. Sous la loi de brumaire an VII (art. 31) le délai était d'un mois, à partir de la notification qu'avait fait l'acquéreur au créancier hypothécaire; ce délai était invariable et n'était pas augmenté à raison de l'éloignement du créancier. La législation actuelle est plus favorable aux créanciers que la loi de brumaire, car non seulement elle accorde à ceux-ci un délai plus long (quarante jours au lieu d'un mois), mais encore elle déclare qu'elle ajoutera un jour (1) par chaque myriamètre de distance entre le domicile élu et le domicile

(1) C'est l'art. 1033 nouveau du Code de procédure civile qui détermine les délais en matière de procédure civile (loi du 3 mai 1862). Il s'exprime ainsi : « Le jour de la signification et celui de l'échéance ne sont point comptés dans le délai général fixé pour les ajournements, les citations, sommations et autres actes faits à personne ou domicile. — Ce délai sera augmenté d'un jour à raison de cinq myriamètres de distance. — Il en sera de même dans tous les cas prévus en matière civile et commerciale, lorsqu'en vertu de lois, décrets et ordonnances, il y a lieu d'augmenter un délai à raison des distances. — Les fractions de moins de quatre myriamètres ne seront pas comptées ; les fractions de quatre myriamètres et au-dessus augmenteront le délai d'un jour entier. — Si le dernier jour du délai est un jour férié, le délai sera prorogé au lendemain. »

réel de chaque créancier requérant. Le point de départ du délai sera le lendemain de la notification, c'est-à-dire que le *dies a quo* ne sera pas compté, cela résulte du texte même de notre article « Dans les quarante jours au plus tard de la notification. » Ces mots « de la notification » font exclure du délai le jour de la notification. C'est aussi par une raison de texte que nous déciderons que le *dies ad quem* est le dernier jour utile à moins qu'il ne tombe un jour férié (art. 1033 Code de procédure *in fine*), car la loi nous dit bien « dans les quarante jours. »

La réquisition de mise aux enchères doit contenir soumission de la part du requérant de faire porter le prix à un dixième en sus de celui stipulé dans le contrat ou déclaré par le nouveau propriétaire. C'est là, nous l'avons constaté au début de cette étude, une atteinte portée aux droits des créanciers hypothécaires, mais on devait contraindre ceux-ci à s'obliger personnellement, pour qu'ils ne détruisissent pas légèrement un contrat régulièrement formé pour courir les chances d'une vente nouvelle.

L'édit de 1774 avait exigé, lui aussi, la surenchère du dixième (art. 9), mais la loi de brumaire voulait une surenchère du vingtième (1) (art. 34-2°). Nous sommes

(1) La loi belge du 16 décembre 1851 exige dans son article 115-2°, comme la loi de brumaire, une surenchère d'un vingtième.

donc revenus sous le Code civil au taux fixé par l'édit de 1771.

La requisition de mise aux enchères doit être signifiée dans le délai de quarante jours, non seulement à l'acquéreur mais encore au précédent propriétaire débiteur principal. On comprend, en effet, que le précédent propriétaire ait intérêt à connaître la surenchère, car s'il est vendeur il est garant et il peut être utile pour lui de combattre cette surenchère, ou bien s'il est donateur il peut chercher à ce que les effets de sa donation ne soient pas anéantis. Si l'immeuble avait été acquis par plusieurs personnes conjointement et solidairement la réquisition de mise aux enchères devrait être notifiée à chacune d'elles.

L'original et les copies de la signification de la surenchère doivent être signés par le requérant ou son fondé de procuration expresse, lequel en ce cas est tenu de donner copie de sa procuration (art. 2185-4°). La loi veut que le créancier hypothécaire qui surenchérit, c'est-à-dire fait un acte d'une certaine gravité, ne fasse rien à la légère, et elle l'oblige à signer l'original et les copies de la signification de la surenchère comme garantie de son parfait consentement.

L'art. 832 du Code de procédure civile complète les dispositions des art. 2103 et 2185 du Code civil. Suivant ce texte, les notifications et les réquisitions doivent être faites par un huissier commis sur simple requête par le président du tribunal de l'arrondisse-

ment où elles auront lieu. Elles doivent contenir constitution d'avoué près le tribunal où la surenchère devra être portée, et assignation à trois jours francs pour la réception de la caution; cette assignation sera notifiée au domicile de l'avoué constitué. Enfin, le législateur, toujours désireux de ne voir se présenter pour surenchérir que des créanciers sérieux et solvables, exige que celui qui requiert la mise aux enchères de l'immeuble donne caution jusqu'à concurrence du prix et des charges. La caution exigée par notre article doit remplir les conditions prescrites au titre du cautionnement pour pouvoir être acceptée, conditions de capacité, de domicile et de solvabilité (art. 2018-2019). Du reste, le tribunal, nous l'avons vu plus haut, est chargé d'examiner si la caution peut être acceptée; et tant que le tribunal n'a pas statué sur la réception de la caution, le créancier surenchérisseur, quand bien même le délai de quarante jours serait expiré, pourrait offrir une caution supplémentaire pour empêcher que la surenchère ne soit déclarée nulle par le rejet de la caution. La solvabilité de la caution se constate au moyen de titres qui doivent être déposés au greffe lors de la réquisition de mise aux enchères, ou tout au moins avant l'expiration du délai de quarante jours accordé aux créanciers pour surenchérir; et, passé ce délai, le surenchérisseur ne peut être admis à faire de nouvelles productions pour compléter la justification de la caution donnée, et la

Cour de cassation, par arrêt du 17 août 1869, a décidé que l'on devrait déclarer la surenchère nulle, si le surenchérisseur avait négligé de faire la preuve de la solvabilité de la caution.

Le surenchérisseur peut s'abstenir de fournir caution en donnant un nantissement en argent ou en rentes sur l'Etat suffisant, conformément à l'art. 2041 du Code civil.

Une loi du 21 mai 1827 a dispensé l'État de fournir caution.

Toutes les règles prescrites par l'art. 2185 le sont à peine de nullité; cette nullité est absolue, et peut être proposée par toutes personnes ayant intérêt, et si le délai de quarante jours est expiré, la surenchère n'est plus possible. De même le non accomplissement des règles édictées dans l'art. 832 du Code de procédure entraînera la nullité. L'art. 838 nous fait observer dans un de ses paragraphes que la nullité qui concerne la déclaration de surenchère et l'assignation doivent être proposées avant le jugement qui statue sur la réception de la caution.

La réquisition de mise aux enchères profite à tous lorsqu'elle a été valablement faite, et le créancier qui a requis la mise aux enchères, quand bien même il se désisterait ou serait désintéressé par le tiers acquéreur, et qu'il payerait le montant de la soumission, ne pourrait empêcher l'adjudication publique; il lui faudrait pour cela le consentement exprès de tous les créanciers

hypothécaires, car la surenchère d'un seul conserve le droit de tous les autres (art. 2190) (1).

Mais, vu les nombreuses formalités prescrites à peine de nullité par notre sujet, tout créancier prudent fera bien de ne pas compter sur ce fait qu'une surenchère aura déjà été formée, et de requérir la mise aux enchères de l'immeuble pour son propre compte, ce qui lui sera extrêmement utile dans le cas où la première surenchère viendrait à être annulée.

Lors de la vente, si la surenchère faite par le créancier n'est pas couverte, assurément il deviendra propriétaire du jour de l'adjudication; jusqu'à ce jour, ce sera donc le tiers détenteur qui sera propriétaire. Nous réservons ici la question de savoir si la propriété est acquise d'une manière rétroactive à l'acquéreur de l'immeuble, nous aurons à l'examiner plus tard en détail; mais ce que nous voulons constater pour le moment, c'est que si l'immeuble qui fait l'objet d'une surenchère vient, soit à se détériorer, soit à se dégrader, soit même à être détruit en totalité ou en partie avant la vente, le créancier surenchérisseur n'est pas forcé d'acheter l'immeuble le prix qu'il a offert.

(1) L'art. 833 du Code de procédure civile, a développé le principe contenu dans l'art. 2190 du Code civil.

SECTION II

IL N'Y A PAS DE SURENCHÈRE

Les créanciers hypothécaires ont accepté le prix qui leur était offert par le nouveau propriétaire par une déclaration formelle, ou ont laissé écouler le délai fixé par l'art. 2185 sans former la surenchère du dixième, ce qui équivaldra à une acceptation tacite, ou bien encore ils ont requis la mise aux enchères de l'immeuble, mais cette réquisition est entachée d'un vice qui entraîne la nullité de la procédure, et comme les quarante jours sont écoulés, ils n'ont plus ni le droit ni la possibilité de former une autre surenchère. Dans ces conditions, quelle sera la situation des créanciers hypothécaires, quelle sera la situation du tiers détenteur? L'art. 2186 répond à cette double question. « A défaut dit-il par les créanciers d'avoir requis la mise aux enchères dans le délai et les formes prescrits, la valeur de l'immeuble demeure définitivement fixée au prix stipulé dans le contrat, ou déclaré par le nouveau propriétaire, lequel est, en conséquence, libéré de tout privilège et hypothèque, en payant ledit prix aux créanciers qui seront en ordre de recevoir, ou en le consignat. »

D'après les expressions de cet article, la valeur de

l'immeuble est définitivement fixée au prix stipulé dans le contrat ou déclaré par le nouveau propriétaire ; nous avons admis que si les notifications contenaient un prix inexact, les créanciers étaient en droit d'en faire prononcer la nullité, mais n'auraient-ils pas la possibilité au lieu d'user d'une sanction aussi sévère, de réclamer seulement au propriétaire la partie du prix dissimulée. Nous le pensons, en effet, les créanciers qui renoncent à invoquer une nullité, et par cela même à détruire toute une procédure, peuvent et ont le droit de réclamer la différence entre le prix réel et le prix déclaré ; cela nous semble ressortir de l'art. 1184 du Code civil. Ils ont de plus le droit de réclamer que cette différence soit répartie entre eux à l'exclusion des créanciers chirographaires ; en effet, on remarque facilement que le gage des créanciers hypothécaires portait sur tout l'immeuble ; donc le prix indiqué dans les notifications ainsi que le prix dissimulé leur appartient tout entier.

Pour que le nouveau propriétaire ait acquis définitivement l'immeuble, il faut encore qu'il en paye le prix aux créanciers qui sont en ordre utile pour le recevoir, ou qu'il le consigne ; ce paiement doit être fait aux créanciers hypothécaires en suivant le rang des inscriptions, jusqu'à ce que la somme destinée à les payer soit épuisée. Ce système que nous indiquons sera toujours celui que l'on suivra si tous les créanciers sont d'accord ; mais il peut se faire que des contestations

s'élèvent entre eux touchant la répartition du prix ou leur droit de préférence, obliger le tiers détenteur à attendre la solution de ces diverses contestations, c'eût été éterniser la procédure de purge, aussi la loi lui permet de consigner.

La consignation que peut faire le nouveau propriétaire n'est pas soumise aux règles des art. 1257 et suivants du Code civil et 814 du Code de procédure civile ; mais ici la consignation peut se faire d'une façon spontanée et sans aucune formalité préalable. C'est ce que nous dit l'art. 777 du Code de procédure dans son cinquième alinéa : « En cas d'aliénation autre que celle sur expropriation forcée, l'acquéreur qui après avoir rempli les formalités de la purge veut obtenir la libération définitive de tous privilèges et hypothèques par la voie de la consignation, opère cette consignation sans offres réelles préalables. A cet effet, il somme le vendeur de lui rapporter dans la quinzaine mainlevée des inscriptions existantes, et lui fait connaître le montant des sommes en capital et intérêts qu'il se propose de consigner. Ce délai expiré, la consignation est réalisée, et, dans les trois jours suivants, l'acquéreur ou l'adjudicataire requiert l'ouverture de l'ordre en déposant le récépissé de la caisse des consignations. Il est procédé sur sa réquisition, conformément aux dispositions ci-dessus. » (C'est-à-dire dans les mêmes formes qu'après la consignation sur saisie.)

La consignation peut être faite spontanément, mais

nous admettrons aussi que les créanciers pourraient l'exiger s'ils croyaient que ce fût leur intérêt, et s'ils avaient des raisons de douter de la solvabilité du tiers détenteur. C'était l'opinion qui était admise avant la loi du 21 mai 1858 qui a modifié les articles du Code de procédure sur l'ordre, et nous ne croyons pas que cette loi l'ait changée; la Cour de Caen appuie notre manière de voir en faisant remarquer que : « si l'art. 777 du Code de procédure n'a pas admis l'obligation pour l'acquéreur, ainsi que le portait le projet primitif de la loi, de consigner son prix dans un délai déterminé, il n'a pas non plus entendu modifier les droits des créanciers, et a laissé subsister pour eux la faculté de demander toutes les mesures qu'ils jugeraient propres à conserver leurs droits. » (Arrêt du 29 avril 1858, Sirey, 1865, II, page 73).

Quant aux intérêts, nous avons précédemment établi que les créanciers y avaient droit, soit à partir de la sommation de payer ou de délaisser, soit à partir des notifications; donc, le tiers détenteur devra, suivant les cas, calculer ces intérêts à partir de l'une ou de l'autre de ces deux époques, il devra les ajouter au prix à payer aux créanciers hypothécaires, en cas de règlement amiable, ou en cas de contestation, les joindre au capital qu'il consignera.

L'art. 2186, que nous avons cité au début de cette section, nous dit que le propriétaire est libéré de tout privilège et hypothèque en payant le prix stipulé dans

le contrat, aux créanciers qui seront en ordre utile de le recevoir, ou en le consignat. L'application de cette règle devient délicate lorsqu'il s'agit de créances conditionnelles ou de rentes. soit perpétuelles, soit viagères, nous allons reprendre successivement ces trois hypothèses et, comme le Code est complètement muet à cet égard, nous aurons à rechercher quelles étaient les règles suivies par l'ancien droit et examiner si on peut encore les appliquer aujourd'hui.

Pour les créances conditionnelles, point de difficulté, on distribue le prix de l'immeuble entre les mains des créanciers hypothécaires même postérieurs à ceux qui ont des créances conditionnelles, mais à charge par eux de donner bonne et valable caution de ce qui pourra leur être dû par la suite. Cette solution est celle qui était donnée par Pothier (1), dans l'ancien droit : « Observez, nous dit-il, que lorsqu'une créance dépend d'une condition qui n'est pas encore échue, le créancier ne laisse pas d'être colloqué dans l'ordre en son rang, comme si elle était échue. Mais le créancier sur qui l'ordre manque, touche à sa place en donnant caution de rapporter à son profit si la condition arrive. » Avant cet auteur, l'édit des criées de 1551, dans son art. 16, avait consacré une pratique semblable et, de nos jours, tous les auteurs proposent la même solution.

(1) Pothier, titre XXI, de la coutume d'Orléans, n° 139.

Nous traiterons les rentes perpétuelles comme des créances ordinaires, en effet, ces rentes sont, d'après l'art. 1911 du Code civil, essentiellement rachetables et, si la loi autorise les parties à fixer une époque jusqu'à l'arrivée de laquelle le remboursement ne pourrait avoir lieu, cette convention ne saurait être un empêchement à la purge, car l'art. 2184 fait tomber le bénéfice du terme qui pouvait exister en faveur du crédi-rentier, et, si ce dernier ne veut pas recevoir le remboursement de sa rente, l'acquéreur qui fait la purge pourra consigner (art. 2186).

Des difficultés sérieuses s'élèvent en cas de rente viagère, comment dans cette hypothèse régler la situation? L'art. 1979 nous dit que la rente viagère ne peut être rachetée, car le nombre de prestations périodiques à fournir au crédi-rentier est inconnu.

Quelle était la situation donnée dans notre ancien droit sur cette question? Les lettres de ratification opéraient purge, non seulement des rentes perpétuelles, mais encore des rentes viagères.

Pothier nous indique, d'une façon très précise, les moyens employés : « Il y a, nous dit-il, une différence entre la rente perpétuelle et la rente viagère. Lorsqu'un héritage hypothéqué à une rente est vendu, par décret, le créancier hypothécaire d'une rente perpétuelle qui a formé opposition au décret, et qui se trouve en ordre d'hypothèque pour recevoir, a toujours droit d'exiger la somme entière qu'il a payée pour acquérir la rente

et qui en fait le principal. Il n'en est pas de même d'une rente viagère : comme ces rentes n'ont pas de principal, et que leur valeur diminue beaucoup par le temps à mesure que la personne sur la tête de qui la rente est créée devient plus âgée et plus infirme, le créancier de cette rente ne peut pas toujours exiger toute la somme qu'il a payée pour l'acquérir, mais seulement celle qui, au temps de la confection de l'ordre, sera estimée suffisante pour acquérir à ce créancier une rente viagère de pareille somme (1).

Si le créancier de la rente viagère ne se contente pas de cette somme, il peut demander que les créanciers derniers recevants, qui seront colloqués en ordre après lui, soient tenus de faire sur les deniers qu'ils auront à recevoir, un emploi qui produise un revenu suffisant pour répondre de la rente viagère tant qu'elle durera, si mieux ils n'aiment se charger eux-mêmes de la payer, et de donner pour cet effet bonne et suffisante caution. »

Suivant Pothier on pourra offrir au crédi-rentier une somme que l'on jugera suffisante pour qu'il puisse acquérir une rente viagère égale à celle qu'il se voit enlever par la purge, mais notre créancier peut très bien refuser un pareil arrangement, et alors on devra employer le moyen suivant : on distribuera entre les mains

(1) Pothier, *Du contrat de constitution de rente*, ch. VIII, n° 231 ; *Édition Bugnet*, t. III, p. 516.

des créanciers postérieurs les sommes restant à distribuer à charge par ceux-ci de donner bonne et valable caution, ou s'ils aiment mieux faire un emploi environné de garanties sérieuses (dépôt à la caisse des dépôts et consignations de la somme devant assurer le service de la rente ; vente au rabais de la rente à charge par l'adjudicataire de fournir une garantie immobilière suffisante, Cour de Caen, 18 mai 1813). Nous admettrons avec Troplong (1) le procédé employé dans notre ancien droit par Pothier, car il se rapproche beaucoup de la solution donnée par notre Code civil dans l'art. 1978.

Un second moyen qui est approuvé par la Cour de Paris (2), consiste à charger l'acquéreur du service de la rente en lui laissant entre les mains un capital suffisant pour assurer le service de la rente. Cette solution nous paraît moins bonne que la précédente, car ce moyen empêche la purge d'avoir lieu ; en effet, un acquéreur conservant un capital hypothéqué reste toujours assujéti à un recours hypothécaire, il lui sera donc toujours préférable de consigner (art. 2186).

Il peut se faire que le prix de l'immeuble soit inférieur au capital nécessaire pour que la rente fût desservie, que décider alors ? Il faut admettre avec la Cour

(1) Troplong, *Privilèges et hypothèques*, t. IV, p. 236.

(2) Cour de Paris, arrêt du 8 août 1806 ; Dalloz, *Privilèges et hypothèques*, Répertoire, t. XXXVII, p. 748.

de Bourges (1) que l'on devra prélever chaque année sur le prix la somme nécessaire pour parfaire les arrérages, car ce prix appartient au crédi-rentier et les créanciers postérieurs n'y ont droit qu'après lui ; en effet, il est de l'essence de l'hypothèque que les créanciers postérieurs n'aient aucun droit sur le prix avant que les créanciers qui leur sont préférables soient entièrement payés. C'est donc à tort que Grenier (2) et Troplong (3) ont décidé que les créanciers postérieurs n'étaient tenus de fournir au crédi-rentier que les intérêts produits par un capital insuffisant, sauf recours de ce dernier contre le débiteur personnel de la rente.

Une dernière hypothèse nous reste à prévoir, c'est le cas où une rente viagère est garantie, non pas par une hypothèque spéciale sur un seul immeuble, mais par une hypothèque générale sur tous les biens du débiteur, on se demande alors si le crédi-rentier aura le droit de se faire colloquer sur chacun de ces biens. La question est délicate, mais on doit cependant sans hésiter la résoudre par l'affirmative, car, en prenant hypothèque sur plusieurs immeubles, le crédi-rentier a voulu éviter toute perte même en cas de purge. En vain, M. Persil (4) prétend qu' « en se présentant à l'ordre

(1) Cour de Bourges, arrêt du 25 mai 1827 ; Dalloz, 1829, II, p. 258.

(2) Grenier, *Hypothèques*, t. I, p. 136.

(3) Troplong, *Privilèges et hypothèques*, t. IV, p. 240.

(4) Persil, *Régime hypothécaire*, art. 2114, n° 6.

le créancier est censé spécialiser son hypothèque et la restreindre à l'immeuble dont on va distribuer le prix ; que le crédi-rentier consent une espèce de novation dont l'effet est de substituer l'acquéreur au débiteur originaire. » Nous répondrons que le créancier en se présentant à l'ordre fait simplement valoir son droit hypothécaire ; de plus, qu'il est contraire à l'art. 1273 (C. c.) de prétendre qu'il y a eu une novation, car elle ne se présume jamais. Il est certain qu'avec la solution que nous proposons on nuit aux créanciers hypothécaires postérieurs au crédi-rentier, mais ceux-ci, en prenant hypothèque, ont pu s'assurer des charges dont l'immeuble était grevé ; s'ils ne l'ont pas fait, ils ont manqué de prudence et doivent subir les conséquences de leur négligence.

SECTION III

IL Y A SURENCHÈRE

Les notifications ont été suivies dans les quarante jours de la surenchère du dixième : cette surenchère est valable, on va procéder à la vente ; quelles seront les règles que l'on va lui appliquer ?

L'art. 2187 répond à notre question : « En cas de revente sur enchères, elle aura lieu suivant les formes établies pour les expropriations forcées, à la diligence

soit du créancier qui l'aura requise, soit du nouveau propriétaire.

« Le poursuivant énoncera dans les affiches le prix stipulé dans le contrat, ou déclaré et la somme en sus à laquelle le créancier s'est obligé de la porter ou faire porter. »

L'art. 2187 renvoyait pour la procédure aux règles de formes prescrites pour les ventes sur saisie immobilière, mais une loi du 2 mai 1841 qui a réformé les art. 832, 833, 836 et 837 du Code de procédure, ainsi qu'une autre loi du 21 mai 1858 qui a modifié l'art. 838 du même Code, ont réglementé d'une façon spéciale et minutieuse les règles de la surenchère sur aliénation volontaire ; nous n'avons pas l'intention de les détailler, car elles ne rentrent que d'une façon tout à fait accessoire dans notre sujet ; nous avons analysé dans une précédente section l'art. 832, nous nous bornerons ici à reproduire purement et simplement les articles 836 et 837 qui se rapportent à la question qui nous occupe actuellement. L'art. 836 s'exprime ainsi : « Pour parvenir à la revente sur enchère prévue par l'art. 2187 du Code civil, le poursuivant fera imprimer des placards qui contiendront : 1° la date et la nature de l'acte d'aliénation sur lequel la surenchère a été faite, le nom du notaire qui l'aura reçu ou de toute autorité appelée à sa confection ; 2° le prix énoncé dans l'acte, s'il s'agit d'une vente, ou l'évaluation donnée aux immeubles dans la notification aux créanciers inscrits,

s'il s'agit d'un échange ou d'une donation; 3° le montant de la surenchère; 4° les noms, professions, domiciles du précédent propriétaire, de l'acquéreur ou du donataire, du surenchérisseur, ainsi que du créancier qui lui est subrogé dans le cas de l'art. 833; 5° l'indication sommaire de la nature et de la situation des biens aliénés; 6° le nom et la demeure de l'avoué constitué pour le poursuivant; 7° l'indication du tribunal où la surenchère se poursuit, ainsi que des jour, lieu et heure de l'adjudication. — Ces placards seront apposés, quinze jours au moins et trente jours au plus avant l'adjudication, à la porte du domicile de l'ancien propriétaire et aux lieux désignés dans l'art. 699 du présent Code. — Dans le même délai,* l'insertion des énonciations qui précèdent sera faite dans un journal désigné en exécution de l'art. 696, et le tout sera constaté comme il est dit dans les art. 698 et 699. » L'article 837 continue : « Quinze jours au moins et trente jours au plus avant l'adjudication, sommation sera faite à l'ancien et au nouveau propriétaire d'assister à cette adjudication, aux lieu, jour et heure indiqués. Pareille sommation sera faite au créancier surenchérisseur, si c'est un nouveau propriétaire ou un autre créancier subrogé qui poursuit. — Dans le même délai, l'acte d'aliénation sera déposé au greffe et tiendra lieu de minute d'enchère. — Le prix porté dans l'acte ou la valeur déclarée et le montant de la surenchère tiendront lieu d'enchère. »

Un créancier, nous le supposons, a valablement requis la mise aux enchères de l'immeuble, il peut poursuivre la revente de l'immeuble, c'est certain, mais d'autres personnes ont encore ce droit : ce sera d'abord le tiers détenteur, ce seront aussi tous les créanciers inscrits qui, en vertu de l'art. 833 du Code de procédure, se seront fait subroger à la poursuite si le nouveau propriétaire ou le surenchérisseur n'ont pas donné suite à l'action dans le mois de la surenchère, ou encore lorsqu'il y a eu de la part du poursuivant dans le cours de la procédure, collusion, fraude ou négligence.

Les dispositions contenues dans l'art. 833 ne sont que la conséquence et le développement de la règle posée dans l'art. 2190, qui nous dit que : « Le désistement du créancier requérant la mise aux enchères, ne peut, même quand le créancier payerait le montant de la soumission, empêcher l'adjudication publique si ce n'est du consentement exprès de tous les autres créanciers hypothécaires. » La loi part de cette idée qu'en requérant la mise en vente le surenchérisseur ne fait pas un acte dans son propre intérêt, mais est le mandataire des autres créanciers et agit, par conséquent, aussi dans leur intérêt. C'est pourquoi nous voyons que pour que le désistement du surenchérisseur soit valable, il faut que tous les créanciers y aient expressément consenti ; mais nous pensons que le consentement du tiers détenteur sera complètement inu-

file, car il n'aurait aucun intérêt à le refuser; en effet, on peut remarquer que le désistement qu'on exigerait de lui aurait toujours pour effet de rendre à son titre menacé par la surenchère, la force et l'autorité qu'il était exposé à perdre.

La surenchère tend à dépouiller le tiers acquéreur de la propriété qu'il avait acquise, mais elle ne l'en dépouille pas immédiatement; il n'y a que l'adjudication qui soit capable de produire un tel effet; de là, on peut tirer les conséquences suivantes : le nouveau propriétaire peut empêcher la vente de l'immeuble en s'offrant de payer tous les créanciers inscrits ainsi que les frais de surenchère; le créancier, en cas de perte ou de détérioration de l'immeuble entre la surenchère et la vente, peut, soit retirer ses offres, soit les restreindre.

La surenchère a été régulièrement formée, la vente a été faite suivant les formes prescrites par le Code de procédure civile, on arrive à l'adjudication. Deux issues sont possibles, l'adjudication peut avoir lieu au profit du tiers détenteur ou, au contraire, être prononcée en faveur, soit du créancier surenchérisseur, soit d'un tiers, nous allons successivement examiner ces deux hypothèses.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — *Le tiers détenteur étant adjudicataire, reste propriétaire.* — L'art. 2189 prévoit cette hypothèse : « L'acquéreur ou le donataire qui conserve l'immeuble mis aux enchères, en se rendant

dernier enchérisseur, n'est pas tenu de faire transcrire le jugement d'adjudication. » Cela n'avait pas besoin d'être dit, en effet, l'acquéreur a déjà fait transcrire son titre lorsqu'il a voulu purger, et l'adjudication prononcée à son profit ne fait que confirmer la propriété qu'il avait acquise. On s'étonne cependant de voir cette disposition, étant donnée la théorie du Code qui déclare la propriété transférée par le seul consentement des parties, elle s'explique historiquement. Une loi du 11 brumaire an VII, sur l'expropriation forcée, loi qui n'est que le complément de la loi de brumaire sur le régime hypothécaire et qui a été promulguée à la même époque, déclarait dans l'art. 22, que : « L'adjudication doit être transcrite à la diligence de l'adjudicataire, sur les registres du bureau de la conservation des hypothèques, de la situation des biens dans le mois de sa prononciation. Il ne peut, avant l'accomplissement de cette formalité, se mettre en possession des biens adjugés. » L'art. 2189 dit que si le tiers détenteur reste adjudicataire, il n'est pas tenu de faire transcrire le jugement d'adjudication, ce qui signifie *a contrario* que si l'immeuble est adjugé à un tiers ou au surenchérisseur, le jugement d'adjudication qui lui donne la propriété devra être transcrit, ce qui est conforme aux principes posés dans les lois de brumaire.

Nous avons exposé avec de longs détails, dans le cours de cette thèse, comment la transcription avait été supprimée lors de la rédaction du Code civil; nous

n'avons plus à y revenir, qu'il nous suffise de dire que la loi du 23 mars 1855, qui a rétabli la transcription, a, dans son art. 1^{er}-4^o rendu à notre art. 2189, toute sa force et toute son utilité, car il veut, en effet, que l'on transcrive « tout jugement d'adjudication autre que celui rendu sur licitation, au profit d'un cohéritier ou d'un copartageant. »

Le jugement d'adjudication va opérer purge en fixant le prix moyennant le payement duquel l'immeuble sera libéré. Mais le tiers détenteur adjudicataire va payer un prix supérieur au prix de vente, ou s'il est donataire, un prix qu'il ne doit pas, quel sera son recours? L'article 2191 répond à cette question : « L'acquéreur qui se sera rendu adjudicataire, aura son recours tel que de droit contre le vendeur, pour le remboursement de ce qui excède le prix stipulé par son titre, et pour l'intérêt de cet excédent, à compter du jour de chaque payement. » Cette solution est très équitable, car le vendeur doit garantir l'acheteur de la pleine et entière exécution du contrat de vente intervenu entre eux. L'acquéreur qui se rend adjudicataire pour conserver l'immeuble et qui, par conséquent, acquiert pour un prix plus élevé que celui fixé dans la vente, souffre un préjudice, donc le vendeur doit l'indemniser de la différence existante entre le prix de vente et le prix d'adjudication, plus les intérêts de l'excédent à compter du jour où il a fait l'avance de ce cet excédent ; et le vendeur n'a pas le droit de se plaindre, car, comme le fait

remarquer M. Pont, l'excédent qu'il rembourse à l'adjudicataire a été employé pour lui et a diminué d'autant sa dette envers ses créanciers (Paul Pont, *Privi-lèges et hypothèques*, tome II, page 625).

Tel est le droit de l'acheteur, mais quel sera celui du donataire; il n'a pas droit à garantie dans la plupart des cas (1); cependant il ne sera pas dénué de tout recours; en effet, il a payé les créanciers qui avaient hypothèque sur l'immeuble donné, si ces créanciers sont les créanciers personnels du donateur, et que ce soit à eux que le prix de l'adjudication ait été payé; ce paiement a libéré d'autant le donateur; donc, par les principes de la gestion d'affaires, il pourra répéter les sommes déboursées, car ce paiement a tourné au profit du donateur; mais si, au contraire, le donateur avait consenti des hypothèques sur son immeuble qu'il n'était tenu de payer qu'en qualité de tiers détenteur, de caution réelle, il ne serait pas obligé d'en tenir compte au donataire, car ce paiement n'a pas tourné à son profit.

Il peut se faire qu'après le paiement de tous les créanciers hypothécaires il reste une certaine somme d'argent disponible; le tiers détenteur adjudicataire aura-t-il le droit de prélever cette somme par préférence à tous les créanciers chirographaires du vendeur, ou devra-t-il, au contraire, concourir avec eux? Il faut

(1) En matière de dot, le donateur doit garantie au donataire (art. 1440 et 1547 du Code civil).

répondre qu'il peut retenir, à l'exclusion des créanciers chirographaires, l'excédent du prix, car ceux-ci ne pouvaient pas demander la mise aux enchères; ils ne doivent donc pas profiter des effets de cette surenchère.

DEUXIÈME HYPOTHÈSE. — *L'immeuble est adjugé, soit au surenchérisseur, soit à un tiers.* — L'effet de cette adjudication est de dépouiller le tiers détenteur de la propriété antérieurement acquise; mais ne sera-t-il pas indemnisé de cette déposssession. L'art. 2188 répond en partie à notre question: « L'adjudicataire est tenu, au delà de son prix de son adjudication, de restituer à l'acquéreur ou au donataire dépossédé les frais et loyaux coûts de son contrat, ceux de la transcription sur les registres du conservateur, ceux de notification, et ceux faits par lui pour parvenir à la revente. » Ce sont tous les frais nécessités par le contrat d'acquisition, la transcription et la purge.

Le tiers détenteur évincé peut avoir fait dans l'immeuble des dépenses d'amélioration, on devra lui en tenir compte jusqu'à concurrence de la plus-value. Quelques arrêts et quelques auteurs veulent mettre ces dépenses à la charge de l'adjudicataire. nous ne le pensons pas, et nous croyons qu'il faut plutôt argumenter par analogie du texte de l'art. 2175 sur le délaissement, et déclarer que ce sont les créanciers qui devront indemniser le tiers détenteur évincé de toutes ces dépenses. Il faudra toutefois en excepter le

cas où ces dépenses auront été mises à la charge de l'adjudicataire par le cahier des charges.

L'hypothèse inverse peut se présenter : on peut supposer que le tiers détenteur, loin d'avoir amélioré l'immeuble, l'ait détérioré ; dans ce cas, le prix qu'il offrira pourra être supérieur à la valeur actuelle de l'immeuble, mais inférieur à la valeur antérieure, c'est-à-dire sur laquelle les créanciers étaient en droit de compter ; alors, comment régler la situation ? M. Colmet de Santerre (1) propose, et nous admettons cette solution, que les créanciers pourront demander à la justice que l'action en indemnité qu'ils ont contre le tiers détenteur soit considérée comme un accessoire de l'immeuble, et adjugé avec lui ; de cette façon, si le tiers détenteur est solvable, on pourra espérer que des créanciers surenchériront pour un prix plus élevé que celui offert par le tiers détenteur.

Il nous faut maintenant préciser les effets du jugement d'adjudication sur surenchère ; l'art. 838 du Code de procédure civile, dans son dernier alinéa, nous les indique : « Les effets de l'adjudication, à la suite de surenchère sur aliénation volontaire, seront réglés, à l'égard du vendeur et de l'adjudicataire, par les dispositions de l'art. 717 ci-dessus ; néanmoins, après le jugement d'adjudication par suite de surenchère, la purge des hypothèques légales, si elle n'a

(1) *Code civil*, t. IX, p. 433.

pas eu lieu, se fait comme au cas d'aliénation volontaire, et les droits des créanciers à hypothèques légales sont régis par le dernier alinéa de l'art. 772. » Remarquons, pour n'avoir plus besoin d'y revenir, que la fin du dernier alinéa de l'art. 838 contient une exception en faveur des hypothèques légales occultes, parce que celles-ci produisent leur effet indépendamment de toute inscription, et que l'on n'a pas exigé que la purge de ces hypothèques précédât l'adjudication. Pour en faire la purge, l'adjudicataire devra remplir les formalités des art. 2194 et 2195 du Code civil, articles dont l'étude n'entre pas dans le cadre de cette thèse.

Donc, sauf une exception, les effets de l'adjudication à la suite de surenchère sur aliénation volontaire sont les mêmes que les effets de l'adjudication sur saisie immobilière, effets qui nous sont indiqués dans l'art. 717 du Code de procédure, et qui consistent principalement dans l'extinction du droit de résolution qu'avait le précédent vendeur pour défaut de paiement du prix s'il n'a pas formé sa demande en résolution, et s'il ne l'a pas notifiée au greffe avant l'adjudication. Cette décision se justifie très bien dans la procédure de saisie immobilière, parce que le vendeur a été prévenu du danger qu'il courait par la sommation qui lui a été adressée, conformément à l'art. 692, et qui l'a prévenu des formalités qu'il aurait à remplir s'il voulait conserver son droit. Devons-nous admettre la même

solution en cas d'adjudication sur surenchère d'un dixième; nous supposons, par exemple, que l'acheteur n'a pas payé son prix au vendeur, et il vend lui-même l'immeuble à un sous-acquéreur qui fait la purge, un des créanciers fait la surenchère du dixième, conformément aux règles prescrites par l'art. 2185, alors l'action résolutoire du vendeur sera-t-elle éteinte comme s'il y avait eu adjudication sur saisie immobilière? La raison de douter vient de ce que dans la procédure de surenchère du dixième, on ne fait pas de notifications au vendeur (art. 2183), et que ce dernier n'étant pas prévenu, risque de perdre son action résolutoire; mais le dernier alinéa de l'art. 838 est formel, il nous dit expressément que l'adjudication à la suite de surenchère sur aliénation volontaire produit les mêmes effets que le jugement d'adjudication sur saisie immobilière (art. 717); donc, il faut en conclure qu'il éteint l'action résolutoire du vendeur. Il y a là évidemment une lacune dans la loi, mais il ne faudrait pas croire que le vendeur ait perdu tout recours pour se faire payer; perdant son action en résolution, il conservera encore son privilège s'il a eu soin de le faire inscrire dans les quarante-cinq jours de l'acte de vente (art. 6-2°, loi du 23 mars 1855).

Il ne nous reste plus pour terminer cette section, qu'à traiter une question très importante sur la solution de laquelle les auteurs et la jurisprudence sont divisés. On se demande si l'adjudication sur surenchère du

dixième opère une nouvelle transmission de propriété du tiers détenteur à l'adjudicataire, ou si, au contraire, elle opère une résolution de la propriété du tiers détenteur, qui serait par conséquent n'avoir jamais été propriétaire de l'immeuble ? Nous avons montré tout à l'heure que l'art. 838 du Code de procédure, dans son dernier alinéa, assimilait entièrement les effets de l'adjudication sur surenchère du dixième, aux effets de l'adjudication sur saisie. Or, l'art. 717 dans son premier alinéa nous dit que : « L'adjudication ne transmet à l'adjudicataire d'autres droits à la propriété que ceux appartenant au saisi. » La saisie n'opère donc jamais résolution du droit du saisi, elle n'a pas d'effet rétroactif, et l'art. 2177, en parlant du tiers détenteur qui a délaissé, nous dit dans son second alinéa : « Ses créanciers personnels, après tous ceux qui sont inscrits sur les précédents propriétaires, exercent leur hypothèque à leur rang, sur le bien délaissé ou adjudgé » ; ce qui nous prouve bien que le tiers détenteur qui a délaissé, conserve malgré son délaissement la propriété de l'immeuble, c'est d'ailleurs l'opinion adoptée par la majorité des auteurs. Ces deux textes rappelés, la question qui va nous occuper peut donc s'exprimer sous cette autre forme : Faut-il, lorsqu'un tiers est acquéreur, traiter l'adjudication sur surenchère du dixième, comme l'adjudication sur saisie faite entre les mains du tiers détenteur, ou faut-il dire qu'il y a résolution de l'acquisition du tiers détenteur ?

La Cour de cassation (1) adopte la théorie de la résolution. « La surenchère sur aliénation volontaire, nous dit-elle, est une protestation contre le contrat d'aliénation, car les créanciers jugent n'avoir pas réalisé la valeur de leur gage, et ils refusent à ratifier l'aliénation; en requérant la mise aux enchères les créanciers loin de reconnaître la propriété du tiers détenteur s'attaquent directement au titre duquel elle dérive pour lui; leur action a pour but et doit avoir pour résultat nécessaire de le faire tomber et de lui substituer un nouveau contrat, qui fera passer sans intermédiaire la propriété des mains du débiteur entre les mains de l'adjudicataire. » Le système de la jurisprudence se fonde sur l'art. 2188 du Code civil, qui impose à l'adjudicataire l'obligation de rembourser au tiers détenteur qui purge les frais et loyaux coûts du contrat, ce qui prouve, dit-elle, que la loi considère l'acquisition du tiers détenteur comme rétroactivement résolue. Cet argument n'a pas la force qu'on lui attribue et il peut très bien s'expliquer par une faveur que la loi accorde aux acquéreurs qui purgent, afin d'encourager dans l'intérêt même des débiteurs hypothécaires ou de leurs créanciers les aliénations amiables toujours plus économiques que les expropriations forcées.

(1) Cour de cassation, Chambre des requêtes, 15 décembre 1862, *Journal du palais*, 1864. p. 460.

Nous pensons qu'il faut dire, au contraire, nous appuyant sur le deuxième alinéa de l'art. 2177 précédemment cité, que l'on doit admettre la même théorie qu'en cas de saisie; car en réalité il s'agit toujours d'un créancier hypothécaire qui poursuit la vente de l'immeuble hypothéqué aux enchères publiques, c'est le même but que les créanciers poursuivent avec une procédure différente, il nous paraît par conséquent impossible d'admettre deux solutions contraires étant données les analogies qui existent entre le tiers détenteur qui délaisse et le tiers détenteur qui purge; et si le législateur n'a pas inséré de disposition semblable à celle de l'art. 2177-2° dans la procédure de purge on ne peut attribuer cette omission qu'à un oubli involontaire. On peut d'ailleurs remarquer que dans le cours de cette étude nous avons été souvent obligé de recourir aux articles du Code sur le délaissement et raisonner par voie d'analogie pour combler les lacunes que la loi offre en notre matière.

Il nous faut maintenant examiner quels sont les intérêts pratiques de la question. Dans cet examen nous nous attacherons à montrer que les conséquences du système de la résolution se heurtent souvent aux véritables principes du droit, ce qui nous aidera à faire triompher la théorie que nous soutenons.

Il peut rester une certaine somme disponible sur le prix d'adjudication, tous les créanciers inscrits étant payés, nous déciderons que cette somme appartiendra

au tiers détenteur qui est dépouillé de son immeuble, et non aux créanciers chirographaires de son auteur. La jurisprudence (1) admet, au contraire, que le tiers acquéreur viendra en concours avec les créanciers chirographaires de son vendeur, comme ayant un recours en garantie à exercer contre ce dernier; mais son contrat étant résolu, il ne peut réclamer à titre de propriétaire la portion du prix resté disponible après le paiement des créanciers inscrits. Cette solution nous paraît inadmissible. Comment en effet concevoir, avec la doctrine de la Cour de cassation, que le tiers détenteur dont l'acquisition est résolue et qui n'a par conséquent jamais été propriétaire, ait un recours en garantie pour le réparation du préjudice causé. Ensuite dans quel but a été organisée la procédure de purge? Nous l'avons répété bien des fois, c'est dans l'intérêt seulement du tiers détenteur et des créanciers hypothécaires. Avec l'opinion que nous combattons, il faut décider que les créanciers chirographaires du vendeur profiteront de la purge, et on arrive ainsi à cette bizarrerie, comme le font très bien remarquer certains auteurs, que l'on va refuser au tiers détenteur qui, en offrant son prix aux créanciers inscrits, a usé du moyen que la loi lui donnait pour éviter l'éviction dont il était menacé, un avantage que l'on n'hésite pas à accorder au tiers détenteur qui a délaissé l'immeuble

(1) Cour de cassation, 28 mars 1843, *Journal du palais*, 1843, tome I.

précédemment acquis (Aubry et Rau, tome III, p. 355. note 10).

Une seconde conséquence sera celle-ci : Si le tiers détenteur a constitué des hypothèques sur son immeuble, ces hypothèques subsisteront et les créanciers hypothécaires de ce tiers détenteur auront le droit, après le paiement des créanciers inscrits sur le vendeur, de se faire colloquer sur l'excédent du prix. Avec le système de la résolution on arrivera à cette solution inique que le tiers détenteur qui voudra faire tomber les hypothèques qu'il aura consenties, préférera purger plutôt que de délaisser (art. 2177-2°), ce qui est, selon nous, contraire au but de la loi, car en réglementant la procédure de purge, le législateur a tout à la fois voulu faciliter la libre circulation des biens et respecter les droits des créanciers hypothécaires.

Enfin comment réglera-t-on la question des fruits? Avec notre système aucun doute n'est possible, les fruits appartiennent au tiers détenteur depuis le jour où il est entré en jouissance jusqu'à la sommation de payer ou de délaisser, ou jusqu'au jour des notifications si cette sommation n'a pas eu lieu, ce n'est d'ailleurs qu'une application de l'art. 2176. L'opinion adverse, bien que n'abandonnant pas la doctrine de la résolution, admet que le tiers détenteur fera les fruits siens, mais elle se fonde sur d'autres motifs que celui qui nous détermine à les lui accorder. Un premier argument consiste à dire que le tiers détenteur est un possesseur de bonne

foi ce qui est difficilement acceptable car le tiers détenteur connaît les hypothèques qui grèvent l'immeuble. La Cour de cassation (1), s'est appuyé sur un motif plus sérieux et qui consiste à dire que le créancier qui a une hypothèque inscrite n'a pas droit à la jouissance de l'immeuble ; si cet immeuble passe entre les mains d'un tiers la jouissance n'en est pas altérée et ce dernier a donc droit aux fruits, car les créanciers hypothécaires ne peuvent alléguer aucun droit sur ces fruits tant qu'on ne les a pas immobilisés. Ce raisonnement est juste dans les rapports du tiers détenteur avec les créanciers hypothécaires mais il n'en est plus ainsi dans les rapports de l'acheteur et du vendeur, et l'acheteur étant réputé n'avoir jamais été propriétaire, les fruits doivent rentrer dans le patrimoine du vendeur.

SECTION IV

RÈGLES SPÉCIALES A LA SURENCHÈRE DANS LES HYPOTHÈQUES PRÉVUES PAR L'ART. 2192

L'art. 2192 s'exprime ainsi : « Dans le cas où le titre du nouveau propriétaire comprendrait des immeubles et des meubles, ou plusieurs immeubles, les uns hy-

(1) Cour de cassation, 19 avril 1865, Sirey, I, p. 230 et suiv

pothéqués, les autres non hypothéqués, situés dans le même ou dans divers arrondissement de bureaux, aliénés pour un seul et même prix, ou pour des prix distincts et séparés, soumis ou non à la même exploitation, le prix de chaque immeuble frappé d'inscriptions particulières et séparées sera déclaré dans la notification du nouveau propriétaire, par ventilation, s'il y a lieu du prix total exprimé dans le titre.

Le créancier surenchérisseur ne pourra, en aucun cas, être contraint d'étendre sa soumission ni sur le mobilier, ni sur d'autres immeubles que ceux qui sont hypothéqués à sa créance et situés dans le même arrondissement; sauf le recours du nouveau propriétaire contre ses auteurs, pour l'indemnité du dommage qu'il éprouverait, soit de la division des objets de son acquisition, soit de celle des exploitations. »

Dans les différentes hypothèses prévues par notre article et qui consistent en des ventes faite *unico pretio* l'acquéreur qui veut purger doit dans les notifications qu'il a fait aux créanciers inscrits, fixer son prix par ventilation c'est-à-dire déterminer quelle est la valeur de chaque immeuble. L'utilité de la ventilation se comprend facilement, elle facilite l'exercice du droit de surenchère pour les créanciers.

Comment se fera-t-elle? Dans la première hypothèse, lorsque la vente comprend des immeubles et des meubles, le tiers acquéreur doit déclarer la valeur totale pour laquelle il entend prendre les immeubles. Lors-

qu'il y a plusieurs immeubles dont les uns sont hypothéqués et les autres ne le sont pas, alors le tiers acquéreur doit déclarer pour quelle somme il entend reprendre les immeubles hypothéqués.

Lorsque les immeubles hypothéqués sont situés dans des arrondissements différents on indique le prix pour tous les immeubles situés dans un même arrondissement et le prix afférent aux immeubles situés dans l'autre arrondissement. Enfin dans la dernière hypothèse qui se présentera le plus souvent, le tiers détenteur devra indiquer le prix offert pour chaque immeuble frappé d'inscriptions particulières ou séparées.

La ventilation faite, nous admettrons que les créanciers hypothécaires, comme le vendeur, peuvent la critiquer. Delvincourt (1), a cependant contesté cette solution pour le vendeur, pour réfuter cette manière de voir il suffira de constater que le vendeur a un intérêt manifeste à ce que l'immeuble soit estimé le prix le plus élevé possible, pour que les créanciers acceptent l'offre du tiers acquéreur, il évitera ainsi le recours que pourrait lui intenter l'acheteur pour le dommage et l'éviction qu'il éprouverait. Quant aux créanciers hypothécaires leur intérêt est hors de doute, car si le prix offert est exact ils pourront se dispenser de surenchérir et éviter ainsi tous les frais qui entravent la procédure de surenchère.

(1) Delvincourt, t. III, p. 169 et p. 601, note 4.

Le créancier surenchérisseur ne peut être forcé par le tiers détenteur d'étendre sa surenchère soit sur le mobilier, soit sur les immeubles situés hors de l'arrondissement, soit même sur des immeubles situés dans le même arrondissement et qui ne sont pas hypothéqués à sa créance.

Notre article termine en accordant au tiers acquéreur dépossédé, une action contre son auteur pour l'indemnité du dommage qu'il éprouverait par la division, le morcellement de sa propriété, et même aux termes de l'art. 1636 si l'acquéreur n'était évincé que d'une partie de la chose, mais qu'elle soit de telle conséquence relativement au tout que l'acquéreur n'eût pas acheté sans la partie dont il a été évincé; il peut demander la résolution du contrat.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. Lorsqu'il y a chose jugée, aucune obligation même naturelle ne subsiste à la charge du débiteur injustement absous (page 38).

II. La prescription de la dette ne laisse pas subsister d'obligation naturelle (page 51).

III. Le mot *consumptos* a été interpolé dans la loi 1, § 2, au Digeste, XX, titre 1^{er}, *De pignoribus et hypothecis* (page 83).

IV. En cas de novation par changement de débiteur il faut admettre que les hypothèques données par l'ancien débiteur ne pourront être maintenues sans son consentement (page 29).

DROIT FRANÇAIS

I. L'héritier bénéficiaire qui se rend adjudicataire sur licitation d'un immeuble de la succession, doit être considéré comme un tiers détenteur et par conséquent peut purger (page 124).

II. L'adjudication des immeubles d'un failli prononcée à la requête des syndics, quand elle n'a pas été suivie de la surenchère du dixième, n'opère pas purge (art. 573 Code de commerce) (page 134).

III. Lorsqu'il y a eu plusieurs ventes successives, l'acquéreur qui veut purger doit faire transcrire non seulement son propre contrat, mais encore celui des précédents propriétaires qui n'auraient pas purgé (page 150).

IV. Le tiers détenteur qui veut purger doit, dans les notifications, en plus de la déclaration du prix, faire l'évaluation des charges (page 166).

V. Les intérêts du prix de vente sont dus aux créanciers hypothécaires par le propriétaire qui purge à compter du jour de la sommation de purger ou délaisser, si cette sommation a lieu, ou à compter du jour de la réquisition aux enchères, s'il n'y a pas sommation (page 179).

VI. L'adjudication sur surenchère du dixième, n'opère pas résolution de la propriété du tiers détenteur ; mais il y a au contraire une nouvelle transmission (page 215).

VII. Le tiers détenteur qui délaisse l'immeuble hypothéqué en conserve la propriété tant que l'adjudication n'a pas lieu.

DROIT. PÉNAL

I. Le complice ne subit pas le contre-coup des circonstances aggravantes résultant de la qualité personnelle de l'auteur principal.

II. Le décès du mari survenu après la dénonciation prévue par l'art. 336 du Code pénal n'éteint pas l'action publique contre la femme.

DROIT DES GENS

I. L'individu objet d'une extradition volontaire, ne peut être jugé contradictoirement que pour les faits qui ont motivé son arrestation provisoire.

II. L'armement d'un navire de guerre belligérant dans un port neutre constitue une violation de neutralité.

Vu par le doyen de la Faculté,

CH. BEUDANT.

Vu par le président de la thèse,

A. BOISTEL.

Vu et permis d'imprimer,

Le vice-recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DE L'EXTINCTION DES HYPOTHEQUES

INTRODUCTION

Notions générales sur l'hypothèque.	7
De l'extinction des hypothèques.	16

PREMIÈRE PARTIE

Extinction de l'hypothèque par voie de conséquence.	17
1° Du paiement.	18
2° De la dation en paiement.	24
3° De la compensation.	26
4° De la novation.	28
5° De l'acceptilation.	33
6° Du pacte <i>de non petendo</i>	34
7° Du serment et de la chose jugée.	36
8° De la confusion.	41
9° De la <i>capitis diminutio</i>	45
10° De la <i>restitutio in integrum</i>	47
11° De la perte de la chose due.	49
12° De la prescription.	49

DEUXIÈME PARTIE

Extinction par voie principale.	57
1° Perte de la chose hypothéquée.	58
2° De l'extinction et de la résolution du droit de celui qui a hypothéqué la chose.	60
3° De l'expiration du temps pour lequel l'hypothèque a été constituée.	63
4° De l'abus fait par le créancier de la chose hypothéquée.	64
5° De la confusion.	65
6° De l'aliénation de la chose hypothéquée.	68
7° De la renonciation à l'hypothèque.	74
8° De la prescription.	82

DROIT FRANÇAIS

DE LA PURGE DES HYPOTHÈQUES INSCRITES

CHAPITRE PREMIER

Notions générales et historique.	91
Section I. — Notions générales.	91
Section II. — Historique.	94

CHAPITRE II

De la purge. — Qui peut purger, qui ne le peut pas ?	
— Quelles sont les adjudications qui opèrent purge ?	108
Section I. — Qui peut purger, qui ne le peut pas ?	109
Section II. — Quelles sont les adjudication qui opèrent purge.	131

CHAPITRE III

Formalités et conditions que doit remplir le tiers détenteur pour purger.	141
Section I. — De la transcription.	141
Section II. — Des notifications.	157
§ 1 ^{er} . Dans quelles conditions les notifications doivent se produire.	158
§ 2. Contenu des notifications.	164
§ 3. Sanction des prescriptions de la loi.	170
Section III. — De l'engagement pris par l'acquéreur de payer toutes les dettes et charges hypothécaires jusqu'à concurrence de son prix.	175

CHAPITRE IV

De la surenchère.	184
Section I. — Du droit des créanciers de requérir la mise aux enchères, et des conditions auxquelles ce droit est soumis.	184
Section II. — Il n'y a pas de surenchère.	195

Section III. — Il y a surenchère.	204
Section IV. — Règles spéciales à la surenchère dans les hypothèses prévues par l'art. 2192,	221
Positions.	225

